Law Reform Commission of Canada
Commission de réforme du droit du Canada

sentencing in environmental cases

PROTECTION OF LIFE SERIES

STUDY PAPER

Canada

SENTENCING IN ENVIRONMENTAL CASES

Protection of Life Series

SENTENCING IN ENVIRONMENTAL CASES

Protection of Life Series

A Study Paper prepared for the

Law Reform Commission of Canada

by

John Swaigen
and
Gail Bunt

Une édition française de ce document
d'étude est disponible.
Son titre est:
LA DÉTERMINATION DE LA PEINE EN DROIT
DE L'ENVIRONNEMENT

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1985
Catalogue No. J32-3/37E
ISBN 0-662-13829-5

Table of Contents

INTRODUCTION 1

PART I: EXAMINATION OF CURRENT PRINCIPLES IN FINING AND SENTENCING

I. General Sentencing Principles or Objectives 8

A. Protection of the Public 8
B. Retribution or Punishment 10
C. Rehabilitation and Reform 12
D. Deterrence 13

II. Specific Sentencing Factors 16

A. Extent of the Potential and Actual Damage 17
(1) Harm to the Common Good 18
(2) Consequences for Those in the Vicinity 19
(3) Costs Borne by the Public 20
B. Intent 22
C. Savings or Gain Derived from the Offence: "Fruits of the Crime" 22
D. The "Worst Case" 24
E. Ability to Pay 25
F. Size and Wealth of the Corporation 25
G. Anthropomorphic Factors 28
(1) Corporate Character 28
(2) Contrition or Remorse 29
H. Guilty Plea 31
I. Co-operation and Expenditures 33
(1) In Reporting, Clean-up and Control of Pollution: After the Fact 33
(2) On Pollution Control: Before the Fact 34
J. Laxity of Government Agencies 36
K. Reasonableness of Standards 37
L. Prior Convictions 38

M. Tax Consequences of the Fine 38
N. Dismissal of Employees Responsible for the Offence 38
O. Ease or Difficulty of Preventing Pollution 39
P. The Social Utility of Enterprises 40

III. Is There a Special Approach to Sentencing in Environmental Cases? 40

A. Discussion 40
B. Conclusion 44

PART II: RECOMMENDATIONS FOR REFORM

IV. Fines 45

A. The Problem of Disproportionately High Maximum Fines 46
B. Raising Statutory Maximum Fines That Are Exceptionally Low 47
C. Raising Maximum Fines Generally 49
D. Establishing Minimum Fines 51
E. Raising Minimum or Maximum Fines for Corporations 53
F. Imposing Minimum Fines or Higher Maximum Fines under Specified Special Circumstances 55

V. Penalties Other than Fines 56

A. Forfeiture of Property 57
B. Suspension or Revocation of Licences, Permits and Other Privileges 57
C. Imprisonment 58
D. Orders to Take Specific Action or Refrain from Conduct 60
(1) Good Behaviour 62
(2) Prevention of Future Offences 62
(3) Probation under Federal Environmental Statutes 63
(4) Can Corporations Be Put on Probation? 63
(5) Cease-and-Desist Orders 64
(6) Conclusion 65
E. The Partially Suspended Sentence 65

F. Restitution and Compensation 66
(1) Restitution 67
(2) Compensation 68
(3) Conclusion 69
G. Performance Guarantees 70

CONCLUSION 71

ENDNOTES 73

Acknowledgments

We would like to express our appreciation to Ted Keyserlingk for his ongoing support and encouragement as well as for his helpful comments on this Paper.

We would also like to thank Simon Chester, David Hunter, Lynn Huestis, and Judge Barry D. Stuart for their insightful and thought-provoking comments and suggestions.

John Swaigen, Gail Bunt

Introduction

The past two decades have seen a proliferation of statutes designed to aid in the management and protection of the environment. The regulatory tools employed in these statutes include: permits which are subject to terms and conditions, and which are revocable if not complied with; the right of government agencies to issue orders to clean up, mitigate or repair damage; and outright prohibitions of certain conduct. Prosecution is one important method of enforcing these permits, orders and prohibitions.

Prosecution, a "blunt instrument" of the law, is not favoured by enforcement agencies as a primary technique for achieving compliance and it has become fashionable for academics to criticize it as ineffective. Nevertheless, there is considerable evidence that when charges are laid, prosecutions are effective. For one thing, the general public perceives prosecutions as appropriate action. Any enforcement agency that repeatedly refuses to prosecute is likely to lack credibility in the public eye. Secondly, it is our experience that polluters who have been recalcitrant and resistant to conciliatory approaches frequently change their attitude dramatically and make significant improvements in their operations between the time when charges are laid and the actual date of the trial.

However, the "bottom line," the true measure of the effectiveness of prosecutions for violation of environmental legislation, is not in laying charges or obtaining a conviction, but in the result of the conviction. The ultimate goals are to stop the offending behaviour, to clean up, mitigate or repair any damage that has been done to the environment and to prevent a recurrence of the offence. In addition to having the effect of "specific" deterrence, the prosecution should also deter others from engaging in similar behaviour. Sentencing can play an important role in achieving these objectives.

The prosecution also serves as notice to others who might be tempted to commit the same offence that the law exists, that it will be enforced, and that no advantage will be gained by breaking the law. Prosecutions also reinforce societal values. They provide a dramatic and visible demonstration of the government's will to protect certain values and an affirmation that the community continues to hold those values strongly. Failure to prosecute may be construed to imply the opposite and can contribute to the erosion of respect for the law and confusion about the validity of the values embodied in the law. The sentence imposed plays a vital role in achieving these goals, and even more so, in influencing the perception of the public about whether the prosecution has fulfilled these purposes.

In addition, prosecution and punishment are supposed to wipe the slate clean. Once a person has been convicted and has served his sentence, he has paid his "debt" to society and his past conduct is to a substantial degree "erased." However, prosecution does not adequately fulfill this function as long as victims of the offence remain uncompensated and any damage done to the environment remains unrepaired. There is, therefore, a strong argument that to be effective as a deterrent,

to reflect the gravity of the offence, to promote respect for the law, and to close the books on a pollution incident, prosecution should also result in restitution or compensation to any victims of the offence and restoration of the environment.

Sentencing has an important role to play in accomplishing each of these goals. It is recognized that the mere fact of prosecution may be more effective in achieving deterrence than the sentence itself. Nevertheless, the sentence is the most visible result of prosecution, the outcome by which the general public — rightly or wrongly — judges the success of a prosecution. Therefore, the outcome of the sentencing process is an important determinant of whether the public has respect for the legal system. Besides this, sentencing undoubtedly plays a role in accomplishing clean-up, deterrence, and recompense for victims. With substantial reform, it can play an even greater role.

Justice cannot be said, or be seen, to have been done until the offender has received an appropriate and effective sentence. Yet, it is questionable whether existing legislation provides the courts with the power to impose appropriate and effective sentences in environmental law cases. Many of the difficulties in sentencing in environmental cases flow from the wide range of offences encompassed by the term "environmental."

Environmental offences involve a wide range of activities, effects, and degrees of fault. The offence may range from actual pollution to merely carrying on an activity which has a potential to cause harm without first obtaining a required permit or filling out a required form. If actual pollution is involved, its effects may range from causing minor discomfort or temporary interruption in the use and enjoyment of property, to human death or the extinction of an entire animal or plant species. The act may have been deliberate, reckless, or negligent, or where the offence is one of absolute liability it may simply be the result of a reasonable error in judgment. These differences in the degree of fault or culpability have created conceptual problems.

Stuart J. recognized this when he stated in *R.* v. *United Keno Hill Mines Ltd.*:[1]

> The range of inherent criminality in pollution offences can be extreme. Actions may be negligent or premeditated and the ramifications may range from trivial littering offences to offences precipitating untold destruction to resources, property and in some cases death.

Stuart J. stated unequivocally that "pollution is a crime."[2] This contrasts markedly with the decision of the Supreme Court of Canada in *R.* v. *City of Sault Ste. Marie*, in which the court suggested that environmental offences are not crimes and are morally blameless because they fall into the category of "public welfare offences."[3]

As Keyserlingk has pointed out:

> From the pollution perspective the decision is particularly limited. Though primarily descriptive in this respect, it implies that it is really more, that the "is" can readily and without more consideration be "ought." Insofar as pollution offences tend to be found exclusively in the form of "public welfare" legislation, the picture presented by *Sault Ste. Marie* is at least accurate. But it implies that this is as it should be, that according to the *nature* of pollution offences they *are* and *should be* always and only regulatory offences. Not the slightest allusion is made to the possibility of serious harm or serious risk resulting from pollution activity, or that serious instances might seriously threaten a

> fundamental value such as our society's commitment to a clean and safe environment. There is no mention that by these tests some instances of pollution might be by their nature and effects, as opposed to simply where they are presently found in legislation, real crimes in the fullest sense.[4]

Nor, it might be added, is there any mention of the fact that although most pollution is accidental, some of it is deliberate.

Professor Franson has captured the problem neatly in the following passage:

> The existing law assumes that all polluters and all pollution problems are the same. They are not, of course, and perhaps we are to be faulted for not having developed some sort of classification scheme for analyzing environmental problems. The starting point in most disciplines is the creation of a taxonomy. We have no such taxonomy in environmental law. We talk about existing and valued industries, which might find it very difficult to abate their pollution problems; at the same time, we talk about individuals who knowingly dump toxic chemicals in the dark of night, and we fail to distinguish between them.[5]

The spectrum of risk and harm encompassed by environmental offences is as striking as the disparities in the mental element involved and the business conditions giving rise to offences. The substances discharged range from relatively harmless materials to highly toxic ones. Some of them are harmless under some conditions and dangerous under others. Some are suspected of being harmful, but the evidence is inconclusive. Others are currently believed to be harmless, but the evidence may prove in the long run to have been wrong. In respect to some, we admit our lack of knowledge. There are others whose innocuousness or danger the scientific community will assert with more certainty than may ultimately be warranted.

The provable harm arising from a violation may be harm not to any individual but to the public as a whole, or even harm to the environment in which it is difficult to "prove" any human interest. The diffuseness of such harm makes it difficult to establish the gravity of the offence, a key consideration in sentencing.

Where the harm is to specific members of the human community, it may range from mental distress and spiritual or aesthetic interests to deprivation of life or destruction of property. The latter lie in a field of clear values, as do criminal offences involving the protection of similar interests. The former, as the Supreme Court of Canada has pointed out, "lie in a field of conflicting values."[6]

Where there is damage to human health or substantial deprivation of income or property, or a substantial risk of this, it is easy to balance the competing interests. Where, however, the pollution causes a nuisance or annoyance, or where substantial damage may only result from sustained exposure to a chemical, this is more difficult. While the legislation gives the court the clear duty to convict, it offers no assistance in deciding how to balance concrete economic interests against intangible values in such cases.

Moreover, the comparison of the typical pollution offence brought before the courts, which involves no clear risk to health or property, with the potential death and destruction we associate with pollution, must create a downward pressure on sentences, and helps to explain why most fines are at the lower end of the range. Because of our inevitable lack of knowledge of the potential severity of risks which appear small, it is important to treat all pollution offences as serious. But a lack of ecological consciousness and scientific limitations on our ability to predict long-term

effects of incremental exposures to contaminants discourage judges, who must act on the basis of "evidence" from recognizing in their sentences the potential link between the narrow offence before them and its possible contribution to long-term devastation of health and environment.

Although they may not merit the highest fines, such matters as loss of enjoyment of property and interference with the normal conduct of business should be subject to substantial sanctions. Even though these interests must be weighed against the interest in protecting industrial and commercial activities and the difficulty in eliminating pollution from many industrial and commercial undertakings, it should not be forgotten that the most substantial single investments the ordinary person will make during his lifetime are his home, his cottage, his automobiles, and, if he is self-employed, his business. He will frequently have to borrow money to make these purchases, which means he will be paying for them for years, and ultimately they will cost him several times their purchase price. For the entrepreneur, his business may involve an even greater investment than his home, and its well-being is crucial to his well-being. Pollution which impairs a person's ability to carry on his business is a serious violation of his rights. Interference with these important aspects of daily life should not be dismissed as trivial even when it amounts to nuisance rather than serious harm to health or economic dislocation.

It should also be recognized that symptoms of discomfort such as eye, ear, nose and throat irritation, "colds," and sleeplessness associated with temporary exposure to small quantities of many chemicals, may be nature's way of warning us that these chemicals are more dangerous than we know. Even though a pollution offence causes no provable harm to health, we should not underestimate the possibility that discomfort is an indication of potential or actual, but unprovable, harm to health. The sentencing process should not be blind to the need for those of us involved in the justice system to do our best now, even in the absence of certainty, to protect future generations from harm.

Activities that contribute incrementally to the gradual deterioration of the environment, even when they cause no discernible direct harm to human interests, should also be treated seriously. Each actor must bear his share of the responsibility for any ultimate harm, if there is to be an effective deterrent to an eventual destruction which will harm human interests.

In creating offences for which people can be convicted without any *mens rea* or actual harm, we have taken steps to ensure that justice is blind to these considerations. However, we then ask the same court, in sentencing, to remove the blindfold and consider these same elements, and to weigh competing values without further guidance.

It is no wonder that the courts have difficulty in imposing suitable sentences. Not only does the range of environmental offences involve all the variables described above, but the entire range is often found within the same offence. Section 13 of Ontario's *Environmental Protection Act* provides, for example:

> 13. (1) Notwithstanding any other provision of this *Act* or the regulations, no person shall deposit, add, emit or discharge a contaminant or cause or permit the deposit, addition, emission or discharge of a contaminant into the natural environment that,

(a) causes or is likely to cause impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it;

(b) causes or is likely to cause injury or damage to property or to plant or animal life;

(c) causes or is likely to cause harm or material discomfort to any person;

(d) adversely affects or is likely to adversely affect the health of any person;

(e) impairs or is likely to impair the safety of any person;

(f) renders or is likely to render any property or plant or animal life unfit for use by man;

(g) causes or is likely to cause loss of enjoyment of normal use of property; or

(h) interferes or is likely to interfere with the normal conduct of business.[7]

Not only does this catch a variety of categories of effects, but it also encompasses a wide spectrum of effects within each category. Nor, with the exception of subsection (2), which exempts the effects of manure stored or disposed of in accordance with normal farming practices (that is, farm smells that might bother residents in an agricultural area), does it make any distinction between sources, purposes or locations of discharges.

Article 20 of the *Environment Quality Act*, presents another example:

> No one may emit, deposit, issue or discharge or allow the emission, deposit, issuance or discharge into the environment of a contaminant in a greater quantity or concentration than that provided for by regulation of the Lieutenant Governor-in-Council.
>
> The same prohibition applies to the emission, deposit, issuance or discharge of any contaminant the presence of which in the environment is prohibited by regulation of the Lieutenant Governor-in-Council or is likely to affect the life, health, safety, welfare or comfort of human beings, or to cause damage to or otherwise impair the quality of the soil, vegetation, wildlife or property.

The only sentence permitted for most environmental offences is a fine. When an offence can encompass such a wide range of activities, effects, and degrees of fault, fines alone may not be adequate to cover all circumstances. Moreover, assuming a typical fine for a first offence can range from $1 to $5,000, as in the case of Ontario's *Environmental Protection Act*, such a fine structure has several inherent difficulties. When a single offence can involve such a wide range of seriousness in intent and outcome with no difference in the range of fines, the range may be both too broad and too narrow — too broad because the highest fines are out of proportion to the means of most offenders and the gravity of minor infractions, and too narrow because they do not reflect the extreme wealth of some offenders and the great gravity of a minority of flagrant offences.

Often, the entire spectrum of causes and effects is encompassed by the same statutory provision, and subject to the same fine structure. This is the first dilemma faced by the judiciary. No attempt has been made by the legislative branch either to break down the wide range of conduct encompassed in a single provision into separate offences reflecting different degrees of gravity, or alternatively, to create sentencing structures which distinguish among the degrees of gravity of the violations and take into account the vast differences among offenders' abilities to pay. In short, the maximum fines are far too high for the minor violations and for

offenders who are not wealthy and far too low for the serious offences and wealthy offenders.

The second dilemma faced by the courts is that the vast majority of spills, emissions, and other offences that are brought before them: (1) are accidental; and/or (2) have little or no provable long-term impact on human health or the environment; and/or (3) are committed by individuals or small corporations whose ability to pay is limited.

In these kinds of cases, it becomes difficult to impose sentences that reflect the high maximum fines established by Parliament or the legislatures. These high penalties may have been established to impress upon constituents the concern of the politicians with environmental protection. Or they may have been intended to reflect the fact that *some* pollution is deliberate and extremely dangerous or deleterious. However, they do not reflect the everyday realities of incidents which the courts are asked to deal with. Therefore, the courts quite appropriately in such cases impose fines far below the maximums, but this has a negative effect of fuelling a public perception that polluters are being "let off easy."

A third problem is that fines alone, or even a combination of fines and incarceration, are not adequate to accomplish the purposes we have suggested sentencing should serve. While capable of punishing past behaviour, fines are ill-suited to deal with ongoing problems or with offenders who are so wealthy that no fine within the existing legislated limits can have a substantial financial impact on them, offenders who are so poor that they cannot be made to pay a substantial fine, offenders who have arranged their business affairs so that their assets and income are sheltered from the law, and offences in which pollution is an almost inevitable by-product of production methods.

A substantial component of this problem is the fact that pollution offences seldom fit the stereotypical "crime," and that pollution offenders are predominantly middle-class entrepreneurs and artificial constructs, namely corporations. Thus, environmental law is a microcosm of all the vexed questions of what is fair and effective in sanctioning corporate and white-collar crime.

Finally, arising out of these concerns are substantial conceptual problems which require discussion. There is no consensus on the appropriate sentencing principles or the factors to be taken into account in sentencing and the relevant weight to be given different principles or factors. Moreover, it is not clear whether offences which are "criminal" (whatever that means) must be treated differently than regulatory offences with respect to sentencing principles and factors. For example, is deterrence irreconcilable with retribution, as some commentators claim? Is punishment capable of achieving rehabilitation or deterrence in environmental cases? Can the victim be taken into account in sentencing, and if so, are there differences in the degree of consideration he can be accorded depending on whether the offence is categorized as "criminal" or "regulatory"?

These are questions that are fundamental to criminology and legal theory. In practice, the courts in environmental cases have generally been content merely to state that their sentences are based on "deterrence," without any articulated attempt to grapple with these underlying issues. Nevertheless, the underlying principles

adopted are important in determining whether the goals of prosecution are accomplished — that is, prevention, abatement, restoration of the environment, and restitution to victims, as well as punishment of offenders.

The purpose of this Paper is to examine the ongoing adaptation of sentencing case-law, and to make recommendations for law reform. The first part of this Paper is devoted to an examination of the principles according to which fines are currently being levied and specific factors taken into account in sentencing. We describe how these principles and factors are being applied in practice and express our views on whether these practices are appropriate. The second part examines the availability and potential utility of some existing but little-used tools, such as different ranges of fines to reflect different circumstances, probation, restitution or compensation, and performance guarantees.

We will suggest that it is clear that a broader range of penalties and a wider variety of sentencing tools must be fashioned to reflect the wide range of offenders and offences contemplated by environmental laws. It should be suggested at the outset that, for the most part, sentencing reform does not appear to depend on reform of the substantive law.[8] It is not necessary that deliberate and accidental action or high risk and low risk activities be made into separate offences in order to legislate distinctions between degrees of culpability, risk, and harm in sentencing. Moreover, although there may be merit in criminalizing certain conduct for reasons other than rationalizing sentencing options, there would appear to be no barrier to incorporating the full range of sentencing tools into provincial or federal public welfare legislation. It is unlikely that categorizing an offence as a "crime" in any way increases the sentencing options available.[9] In fact, the opposite may be true. It is arguable that wider options are available for regulatory or "civil" offences than criminal offences, although the best view appears to be that the same range of options is available for both kinds of offences.

PART I

Examination of Current Principles in Fining and Sentencing

I. General Sentencing Principles or Objectives

In spite of the enormous quantity and high quality of scholarly thought devoted to the subject of sentencing, there is still no general consensus on the theory of punishment that should or does animate our courts. According to Sir Rupert Cross:

> ... the behaviour of the Court is often justified by every theory of punishment; some sentences are only to be explained in the light of one theory, and much that happens is not attributable to any theory of punishment but to a variety of considerations most of which can be described as "expediency."[10]

There are four objectives which crop up in judgment after judgment in criminal cases: protection of the public, retribution, reform and rehabilitation, and deterrence.[11]

Scholars have questioned whether all of these objectives are appropriate ones, and how they can be reconciled with each other. If they are all appropriate considerations, but ones which are incompatible with each other, how do we choose between them or balance them. One debate centres around whether sentencing is "moral" or "utilitarian"; that is, it is based on the degree of opprobrium associated with the specific example of the offence, or based on what is needed to reduce its incidence. The question is particularly difficult in offences such as pollution, where the values to be protected are diverse and diffuse; where sentencing often involves the balancing of competing interests and values, all of which may be legitimate; and where the seriousness of the offence is essentially unknown and unknowable, because our knowledge of what is best for society is limited, as is our understanding of the causes and effects of harm to the environment and to human health.

Regardless of what the objectives *should be*, it is clear that each of them is recognized explicitly or can be seen implicitly in sentencing decisions rendered in environmental offences as well as in criminal cases.

A. Protection of the Public

In criminal cases, the phrases "protection of the public" and "protection of society" are used in several different ways. Protection of the public is sometimes

listed as one of several principles to be considered without any priority. It is sometimes used to describe those principles that put society's needs ahead of concern for the well-being of the offender, where the two appear to be irreconcilable. The prevalent use of the term is as the overall purpose of sentencing, to be accomplished by secondary objectives such as retribution, reform, and deterrence.

Frequent reference is made in environmental cases, as well, to the need for the protection of society.[12] Protection of society has been recognized when the courts have been conscientious to remind offenders that despite the absence of the violence and moral turpitude often associated with crime, environmental offences are serious because of the danger they pose to the public. As Dickson J. stated in *Sault Ste. Marie*:

> Public welfare offences obviously lie in a field of conflicting values. It is essential for society to maintain, through effective enforcement, high standards of public health and safety. Potential victims of those who carry on latently pernicious activities have a strong claim to consideration.[13]
>
> ...
>
> Public welfare offences involve a shift of emphasis from the protection of individual interest to the protection of the public and social interests ....[14]

In recognizing that the public interest is paramount over the right of the individual to carry on activities that put the environment at risk, the *Sault Ste. Marie* case implicitly extends this principle to sentencing as well.

Pollution in particular has been described in the cases as "probably one of mankind's greatest enemies"[15] and "a very serious menace."[16] According to Stuart J.: "Pollution offences must be approached as crimes, not as morally blameless technical breaches of a regulatory standard."[17]

In environmental cases, therefore, the effect of the principle that the protection of society is paramount is to underline the serious nature of the offence and prevent its trivialization. It supports the use of strong deterrents and punishments even in the absence of serious harm to individuals or the environment. Perhaps its importance lies in supporting an environmental ethic which holds that "various elements of the community of earth [have] an intrinsic value rather than an instrumental or utilitarian one,"[18] and consequently, "decisions have become more significant because of the vastly increased capacity of human beings to influence the nature of their environment, seen most graphically in pollution of the air, water, sea, and land."[19] An acknowledgment of the paramountcy of societal over individual interests, especially when societal interests are considered from an ecocentric rather than an anthropocentric perspective, supports more substantial penalties. It forces a person to take responsibility for a substantial portion of the overall damage that acts like his can cause, even if his action alone does not trigger the ultimate damage. It recognizes that, in the case of environmental degradation, the whole harm is more than the sum of its parts.

R. v. *Krey* is an interesting example of the application of these principles. Mr. Krey was a young man from Germany who came to the Northwest Territories for the sole purpose of taking eggs from the nest of a gyrfalcon, an endangered species, for sale in his homeland, where such eggs could be sold for $80,000 each.

Exportation of the eggs is an offence under the federal *Export and Import Permits Act*. In struggling with the appropriate principles in sentencing for an offence where "some may argue ... there is no real victim, and there is no real impact on the community," Bourassa J. concluded that:

> The victim ... is the community of Frobisher Bay, in fact, the community of the Northwest Territories and indeed, the whole world. The accused was contributing to a further decline of an already endangered species of bird by his attempt to export those eggs. Here in the Northwest Territories, wildlife is an essential feature of life, and not only that, it is a treasured resource to be conserved, husbanded, protected and fostered, so it can continue to provide sustenance for the body and for the spirit in future ages as it has in past ages.
>
> ... [the offence] has a direct impact and a detrimental effect on the community by endangering the survival of the species, and depriving all of us of the joy of beholding and sharing our world with that species. That is the harm, which this law was designed to protect us from.[20]

The defendant was jailed for four months in addition to being ordered to pay a fine of $3,000.[21]

Thus, the courts have cited protection of the public as the purpose of sentencing in environmental cases. The need to protect the public may not have a quantifiable impact on the size of the fine, but it is clear that judges are bearing it in mind.

B. Retribution or Punishment

Retribution as a sentencing objective has passed through a period of disfavour in the courts.[22] While the courts have clearly rejected retribution in the sense of vengeance, however, retribution remains central to sentencing in the sense that many courts still feel that a sentence must be an expression of society's repudiation of certain kinds of conduct.

In this vein, Weiler offers a sense of the term "retribution" that reflects a great deal of current thinking in relation to economic crime in general and corporate crime in particular:

> A system of rules has been established, substantial compliance with which is necessary for a decent community life for all. Yet some are tempted to pursue their own private interests even though this involves a breach of that legal system. Accordingly, while taking the benefits of the self-restraint of others, they do not make the reciprocal sacrifice demanded of them. As a result they obtain an unfair advantage in the distribution of the benefits from life within that legal system. Punishment is necessary to remove that unjust enrichment from the offender and so secure a just equilibrium on behalf of those who were willing to be law abiding. I believe that it is the removal of this extra advantage from offenders, rather than the satisfaction of the sense of grievance of their victims, which is the chief rational support of this retributive justification of punishment.[23]

Expressed in Weiler's terms, the concept of retribution has a ring of fairness not only to the accused, but to the accused's competitors who have incurred the costs of operating responsibly.

Even if criminal offences and public welfare offences, as the Supreme Court of Canada suggested in the *Sault Ste. Marie* case, are fundamentally different from

each other in that the former are morally wrong and the latter are prohibited only because of their potential consequences, there is still a role for retribution in this "distributive justice" sense in environmental and other public welfare cases. Moreover, as Weiler acknowledges, there is no watertight dividing line between the two kinds of cases, as *Sault Ste. Marie* suggests, but they "shade imperceptibly one into the other." There is a descending scale of immorality, with extremely shocking behaviour and morally neutral behaviour only at the extremes. Much environmentally irresponsible behaviour, even though it is accidental, results in no actual harm to identifiable victims, and is undertaken in pursuit of legitimate financial or public objectives, still invokes the kind of distaste or "moral attitudes of resentment and indignation," which scholars associate with criminal behaviour.

There appears, therefore, to be a substantial role for punishment and denunciation of conduct in the sentencing of environmental offenders. Although this will usually be less important than deterrence in public welfare offences because the immorality of the offence is considerably less and the goal of prevention correspondingly greater than in criminal offences, the very fact that the conduct has been prohibited and a penal sanction attached, and that the authorities have chosen to enforce the law through prosecution rather than moral suasion or administrative remedies is an indication that the public feels there is a degree of opprobrium attached to the conduct in general and in the particular case. If deterrence were the only consideration, in most cases, administrative mechanisms would do just as well.

Retribution is frequently referred to in tax evasion cases, where it is considered a principal sentencing factor.[24] While the term "retribution" itself is absent, Loukidelis J. in *R.* v. *B.L.S. Sanitation* appeared to employ the concept in an environmental case:

> Failure to comply with the provisions of the statute will be visited by a penalty commensurate with the burden that they impose upon the public by their failure to comply with the terms of their permit and the statute.[25]

The Ontario Court of Appeal endorsed the concept of repudiation in its first attempt to set out principles of sentencing in public welfare cases since the *Sault Ste. Marie* decision was rendered. The court described repudiation as an aspect of general deterrence. In *R.* v. *Cotton Felts Ltd.*, an appeal of a sentence imposed for an occupational safety violation, the court described deterrence as having both a negative and a positive aspect. The negative aspect is "achieving compliance by threat of punishment." The positive aspect, which the court considered particularly applicable to public welfare offences, consists in "emphasizing community disapproval of an act, and branding it as reprehensible."[26]

There is a second sense in which retribution is used. The idea of balance and promotion also entails the idea that punishment should be no more than the offender deserves. If the moral repugnance of the offence is minimal, the punishment should be light. In other words, repudiation or "morality" can be a constraint on deterrence or "utility."

Where the courts speak in terms of deterrence, but impose low fines, it is likely that they are actually motivated by this aspect of retribution. Since many violations result in little actual damage, sentencing on the basis of deterrence would lead to

higher fines in such cases on the basis of the potential results and the risk imposed, while emphasis on the actual result of the individual violation would result in a lower fine. When Stuart J. in *United Keno Hill Mines Ltd.* states, for example, that "when the essentially uncontradicted company evidence indicated minimal environmental damage a substantial penalty is inappropriate,"[27] he appears to be measuring the penalty in terms of retribution rather than deterrence, although an important aspect of his statement is chastisement of the Crown for failing to lead any evidence of the actual or potential harm.

Nowhere is this tension between retribution and deterrence more apparent than in environmental law. It is for this reason that the distinctions suggested by commentators such as Franson and Keyserlingk are so important.

C. Rehabilitation and Reform

The utilitarian approach to punishment, which is currently in favour in criminal cases, involves considerable emphasis on the potential for crime reduction through rehabilitation of the criminal. When individuals are involved, this goal has the ring of common sense. However, like many matters of "common sense," closer examination reveals evidence that the criminal process often has little success in rehabilitating criminals.

Since no one has ever claimed that individuals who pollute do so out of compulsion or sickness, it is unlikely that rehabilitation has any significant role in environmental cases in any event. Pollution usually arises out of business activities, either through carelessness or in an attempt to save or make money. In either case, it is unlikely that any rehabilitation is possible in the sense of treatment, psychological insight, or changing motivation. Deterrence, not rehabilitation, is the goal.

In relation to corporate polluters, the goal of rehabilitation does not even have the apparent virtue of common sense to commend it. Stuart J. in *R.* v. *United Keno Hill Mines Ltd.* considered the need to rehabilitate the corporate environmental offender,[28] as did Dnieper J. in the lower court decision in *R.* v. *The Canada Metal Co. Ltd.*[29] The concept of corporate rehabilitation has also cropped up in trade cases, for example in *R.* v. *Hoffmann-La Roche Ltd. (No. 2).*[30] However, talk of rehabilitating a corporation has a most peculiar ring. The central purpose of the corporation is profit. How can you "cure" the corporate compulsion to show a profit? Corporations are incapable of psychological testing, vocational training, psychiatric treatment, religious instruction, or membership in Alcoholics Anonymous. One wonders what the courts mean by rehabilitation in the corporate context. There is no doubt that corporations can be coerced or pressured into changing policies and practices and revising systems and structures, or that actual or potential reductions in revenue through fines, court orders or bad publicity can encourage such restructuring. Corporations can be encouraged to conduct their operations in more socially responsible ways. However, the factors associated with the possibility of rehabilitation in human beings, such as age, family environments, friends, mentors, employment stability and degree of criminal experience, have little

or no relevance in the context of corporations. If the notion of rehabilitation is to have any application at all to corporations, further explanation and definition are needed that attempt to avoid anthropomorphic metaphors. In the environmental and trade-offence context it is likely that the courts have been using rehabilitation as a synonym for deterrence. There is little doubt that corporations can be deterred from polluting, even if they cannot be rehabilitated. We suggest that terms such as rehabilitation should be restricted to human offenders and methods of correcting, reforming or otherwise changing corporate conduct are more appropriately discussed in the context of deterrence.

D. Deterrence

The higher courts have treated deterrence as the paramount consideration in criminal cases. While there is growing skepticism regarding the capacity of criminal sanctions to deter street criminals, there is by and large a consensus on the efficacy of deterrence, both individual and general, in white-collar crime. The ultimate corporate purpose is to turn a profit. Corporations employ accountants and legal counsel who attempt to weigh the financial consequences of any given action. Corporate officers are unlikely to engage in activities that they think will be unprofitable. Corporations are probably economically irrational only to the extent that they are mismanaged.[31]

In the analagous areas of trade offences and tax evasion, deterrence is the major sentencing objective. The classic statement with respect to deterrence, repeated in a number of subsequent cases[32] is that the fine "must not be a licence fee, something capable of being regarded as a probable cost of, or necessary risk in doing business in the manner in question."[33] This sentiment was echoed in more pointed language by Linden J. in *Hoffmann-La Roche*: "[T]here must be a substantial sting to the fine. It cannot be a mere slap on the wrist."[34] That the courts are not indulging in empty rhetoric in trade cases is evidenced by fines of six and seven figures.

Although the amounts are less impressive in environmental offences, partly because of the lower statutory maximums, it is clear that the same emphasis is placed on deterrence. Numerous environmental cases have cited the statement of Morrow J. in *R.* v. *Kenaston Drilling (Arctic) Limited*:

> Where the economic rewards are big enough persons or corporations will only be encouraged to take what might be termed a calculated risk. It seems to me that the courts should deal with this type of offence with resolution, should stress the deterrent, viz., the high cost, in the hope that the chance will not be taken because it is too costly.[35]

In *Le Procureur Général de la Province de Québec* c. *New Brunswick International Paper Co.*, Cloutier J. affirmed that deterrence (*l'exemplarité*) is a predominant criterion of sentencing under the *Environment Quality Act*, adding [TRANSLATION] "without meaning to make a scapegoat of the offender, the punishment must be of a nature that would dissuade those who might be tempted to initiate this reprehensible conduct."[36]

Even where there is only one other operator in the area who is capable of the same sort of violation, general deterrence should be considered with regard to the wide purposes of the statute to control various kinds of pollution.[37] Where the maximum possible fine is insufficient to deter the offender in question because of its size and wealth, imposition of the maximum may be nevertheless justified because of its deterrent effect on others.[38] This is an important principle, since the maximum fines for many pollution offences are obviously too low to have any financial impact on large corporations. However, since the vast majority of polluters are small businesses, more important in the day-to-day practice of environmental law is the fact that the courts will sometimes impose substantial fines, in an attempt to deter others, on defendants upon whom they would otherwise be tempted to impose low or nominal fines, because of their limited ability to pay or the apparent lack of need for specific deterrence.

However, the leading statements of the principle of deterrence in environmental, as in other cases, indicate that the courts impose limits on the degree to which general deterrence can override individual case considerations. Although deterrence is the paramount principle, it is not the *only* principle at work: "[T]o achieve effective general deterrence, the fines imposed ... must be substantial and exemplary, *but not crippling or vindictive*."[40] [Emphasis added] Thus, the principles applied by the courts appear to be deterrence tempered by retribution as a constraining principle, even though retribution is seldom mentioned.

Deciding whether environmental offences are inherently immoral or merely proscribed because of their potential effects is, therefore, theoretically important in determining the correct principles of sentencing. If morality doesn't enter into the picture, then it might follow that sentencing is purely utilitarian, and perhaps the courts should place even greater emphasis on general deterrence, with less concern over whether substantial harm was, or could have been, caused. Applying the principles in the *Sault Ste. Marie* case to sentencing could lead to this conclusion. If the purpose of public welfare offences is to promote higher standards and to "keep businessmen up to the mark," and private interests are subordinated to social concerns, then it is arguable that the only limit on sentence should be what the offender can afford to pay. Conversely, if there is a moral element to regulatory offences, then sentences might be made higher than required for specific deterrence on the basis of the "criminality" of the offence, or lower than required for general deterrence on the basis of the lack of immorality or harm.

The basic rule in environmental cases, as in other cases, is that "without being harsh, the fine must be substantial enough to warn others that the offence will not be tolerated. It must not appear to be a mere licence fee for illegal activity."[41]

In fact, the fines in many environmental cases do appear to the public to be a "mere licence fee." There are several reasons for this:

1. Because of difficulties in obtaining the information and getting it before the court, prosecutors are often not in a position to provide evidence of the savings or gain arising from the offence or the offender's wealth.

2. As we have stated, the typical pollution offence brought before the courts and the typical offender bear little resemblance to society's vision of pollution as a global menace and polluters as midnight skulkers.
3. The maximum fines under all but a few statutes are so low that they cannot have any real financial impact on large corporations or reflect the gravity of the worst offences.
4. Large fines may not always be the appropriate means of obtaining general or specific deterrence, but they are often the only sentencing tool available.
5. While there is much broader consensus that prosecution results in deterrence in "instrumental" offences than there is that criminal sanctions are effective in deterring "expressive" ones,[42] little is known about the role of the penalty in contributing to this deterrence, or the kind or degree of penalty that will result in deterrence without being unduly harsh. In these "instrumental" offences, the probability of prosecution and the timing of the charges, trial, and sentencing may play as great or greater a role than the penalty.
6. The public is often unaware of considerations that went into determining the size of the fine, such as expenditures made by the offender to prevent recurrence of the offence or voluntary compensation to victims.

In fact, there is a serious disparity of opinions among the groups who view the sentencing process from different perspectives. A resident of a community subject to widespread pollution described a $17,000 fine against one company as "a slap on the wrist."[43] Workers exposed to noxious chemicals in a case where the company was fined $14,500 said they were disappointed the fines weren't larger.[44] There is an element of truth to this. While sentences should not be unduly harsh, they should not be painless. A company with an annual income in the millions of dollars and assets in the billions cannot feel a fine in the low thousands.

On the other hand, defendants and their counsel frequently assert that the true cost is in legal fees, which may greatly exceed the fine. As environmental trials tend to be lengthy, there is some truth to this.

Still other corporate officials argue that bad publicity, harm to the public image of the corporation, and deflection of the energies of personnel from "productive" work to management of the legal "problem" is in itself a substantial punishment. This is probably what J. N. Mulvaney, Director of Legal Services for the Ontario Ministry of the Environment, meant when he stated: "I have the feeling that most industries prefer to avoid prosecution for a number of reasons and a fine is just one of them."[45]

Regulators sometimes feel that if abatement has been achieved as a result of the prosecutions, for example, if poilution equipment has been installed, or the company has shut down or relocated offending operations, the fine is irrelevant. In fact, they sometimes feel that a high fine may be counter-productive, in that it may further strain relations between the enforcement officials or reduce the resources available to the offender for environmental improvement.

To some extent, these differing opinions of the adequacy of present sentences reflect a different view of the nature of regulatory offences. As Fisse states: "People often react to corporate offenders not merely as impersonal harm-producing forces

but as responsible, blameworthy agents."[46] Polls show that the public views regulatory offences as criminal,[47] while the offenders and sometimes the regulators see these offences as morally neutral activities with unfortunate side-effects requiring some control.

The public's concern about low fines also reflects a general self-fulfilling belief that the courts are too lenient, which is encouraged by slanted and that incomplete reporting of sentences by the media.[48] The public's view that environmental offences are grave and blameworthy may cause it to discount any sanction other than a high fine or imprisonment as being "soft."

Thus, the public's perception that environmental sanctions are too lenient is based partly on reality and partly on misconceptions. In fact, our experience has been that offenders often respond to prosecution by making substantial improvements even when faced with small fines. Thus, prosecution does provide "specific" deterrence. Whether it also results in general deterrence is questionable, and potential exposure to higher fines may be important in this respect. Regardless of the accuracy of this perception of undue leniency, it must be dealt with or it will result in erosion of respect for environmental laws and their enforcement.

To the extent that these conflicting views reflect conflicting interests, they may not be reconcilable. To the extent that they can be reconciled, this may be achieved by a combination of (a) public education to bring about an understanding that the size of a fine is not always the most accurate reflection of the success of a prosecution, (b) education of judges and Crowns, (c) law reform to ensure higher fines where these are warranted, and (d) greater use of innovative alternatives to fines in the sentencing process — alternatives that may have a more lasting impact on offenders than a fine.

II. Specific Sentencing Factors

The courts have made few attempts in criminal cases, and even fewer in environmental cases, to articulate the relationship between underlying objectives such as retribution and deterrence and the relative weight to be given to them in different kinds of cases. The courts have dealt with difficulty in applying abstract theory to concrete cases by enumerating specific sentencing factors which are intended to reflect these broader goals, although they have stopped short of explaining how and why they feel these factors relate to the underlying objectives. Several attempts have been made to enumerate these factors in criminal cases,[49] but it is only recently that the courts have attempted to develop a similar "shopping list" for environmental cases.[50] What is noteworthy is that, both in setting out general principles and in enumerating specific factors, the courts have recognized that a different approach may be needed in environmental cases and that traditional

principles and factors may have limited application, particularly when the polluters are corporations.

We believe that in the field of environmental law, looking at specific sentencing factors mentioned by the courts is generally more useful in deciding what motivates the courts and what the shortcomings of their approach might be, than an inquiry into the philosophical assumptions underlying statements of general principles. In the environmental field, with the possible exception of the *United Keno* decision, the courts have evinced no interest in developing a formal schema, and none is suggested here. However, the following are the factors which have been considered relevant in environmental cases taken, as the courts have tended to take them, one at a time. The sentencing factors are described in some detail and their validity or usefulness in the environmental context is evaluated in order to provide a framework for later recommendations.

A. Extent of the Potential and Actual Damage

Environmental cases put the courts in the difficult position of having to impose a sentence in the context of uncertainty about the degree of risk inherent in the offence or the amount of damage caused, since any damage may be latent or cumulative. In the face of this uncertainty, some courts are willing to impose substantial sentences, while others hold out for proof of substantial risk or harm. The difference, it might be suggested, lies in the ecological consciousness of the judge. Ecological consciousness is an ability to see past the obvious and immediate conflicting interests, for example, the right to carry on a business versus the right to use and enjoy property free from inconvenience and discomfort. It requires an understanding that everything in the environment is interdependent, and that harm to one aspect of the environment, no matter how insignificant it might seem or how unrelated to human concerns it might appear, has the potential to accumulate and ultimately to diminish the diversity and strength of the ecosystem. Some judges have this consciousness; some do not.

As we have stated above, in environmental regulation the behaviours prohibited are so diverse and the scope of the possible harms covered by some offences so wide that it is difficult for a court to determine where a particular infraction falls in the scheme of things.

Some courts, in taking a deterrent approach, have stressed the need to impose substantial penalties in the absence of actual damage. Other courts, taking an approach more consistent with what we have described as retribution, have placed much more emphasis on the results of the infraction — the actual damage caused — and have been reluctant to impose substantial penalties in the absence of long-term harm to health, property or the environment.

The line of cases emphasizing the need for substantial penalties without proof of harm begins with *Kenaston*, in which the court suggested that the appropriate basis for imposing a substantial penalty is not the actual harm, but the risk of harm. This approach has found favour with many courts and continues to be cited regularly. The

validity of this approach is underlined by the observation that actual damage cannot be the appropriate test since damage is not an element of many environmental offences.[51] The Territorial Court of the Northwest Territories has ruled that absence of evidence of environmental damage "is not a critical or significant factor."[52]

However, while purporting to take into account the dictum in *Kenaston* that the test is "less a concern of what the damage was, but more a concern of what it might have been," many courts have been reluctant to impose high fines in the absence of actual damage.[53]

As mentioned at the outset, the vast majority of pollution incidents cause no substantial or permanent harm to the environment or to human health — at least no discernable or provable harm. There is no question that this lack of actual injury imposes a general downward pressure on the quantum of sentences. In our experience, although the courts often do not articulate this concern, the lack of quantifiable damage in environmental cases weighs heavily in their sentencing.

The *United Keno* case has given support to this preoccupation with proved damage in stating that "when the essentially uncontradicted company evidence indicated minimal environmental damage a substantial penalty is inappropriate,"[54] although the case might better be read to stand for the proposition that the Crown has a duty to show potential damage if the court is to be in a position to counterbalance defence evidence of the lack of actual damage. In Québec, *Piette* c. *Choinière*[55] is the only case we have found where the court declared its power to take into account the absence of actual harm to the environment in rendering sentence. In other cases, the Québec courts have treated actual damage as an aggravating factor.

There are three separate aspects to the harm or damage factor: the harm done to the common good; the consequences for those in the vicinity; and, the costs borne by the public as a result of the offence.

(1) Harm to the Common Good

It is very difficult to quantify "harm to the common good." The effects of pollution may not be immediately measurable, or they may be measurable even in the long run only in global terms. An increased incidence of cancer in the population or a decline in the range of fish species in a lake over a period of years are examples of global measures of pollution. The damage may not be measurable at all. Where environmental damage is irreversible, as in the case of contaminants which enter the food chain and whose deleterious effects persist indefinitely, each act of pollution causes an incremental reduction in the quality of life for both present and future generations.

The delicate balancing act the courts must accomplish is to impose upon each offender a substantial share of responsibility for the ultimate degradation to which his conduct must contribute, without requiring him to shoulder disproportionate blame for harm which may be caused by others or may never come to pass. Many courts have been willing to attempt this.

Despite the unquantifiable nature of this kind of harm, the courts are taking it into account. In levying a $2,000 fine against a company for driving across tundra,

the court in *R.* v. *Kenaston Drilling (Arctic) Ltd.*[56] adverted to the dependence of the Inuit people's way of life on preservation of the tundra in its natural state. The court held that the test is "less a concern of what the damage was, but more a concern of what it might have been."[57] In other words, potential as well as actual harm is relevant. Furthermore, the court may look at what the cumulative effect would be if others were to behave in the same way. The court in *R.* v. *The Vessel "City of Guildford"*[58] refused to consider the effects of a single oil spill as not serious, in view of the number of ships using the waterway on a regular basis.

The most eloquent expression of the principle is stated in the *Panarctic* case:

> [T]he destruction of any ecosystem is a gradual process, effected by cumulative acts — a death by a thousand cuts, as it were. Each offender is as responsible for the total harm as the last one, who triggers the end. The first offender can't be allowed to escape with only nominal consequences because his input is not as readily apparent.[59]

The sensitivity of the ecosystem affected by the pollution will also be considered. In the words of Stuart J:

> A unique ecological area supporting rare flora and fauna, a high-use recreational watershed, or an essential wildlife habitat, are environments calling on users to exercise special care. Any injury to such areas must be more severely condemned than environmental damage to less sensitive areas.[60]

The court held that "if the damage is irreparable, extensive, persistent or has numerous consequential adverse effects, the penalty must be severe."[61]

Frequently however, the courts have discounted potential damage, and placed an emphasis on the need to show long-term harm. The attitude that if you can't measure it, it doesn't exist, is summed up in a British Columbia *Fisheries Act* decision:

> Nature provides abundantly — the environment has survived forest fires, cave-ins, and earthquakes from time immemorial; rivers have been diverted from their courses; human and animal populations have been decimated by plague, flood, fire and famine. But life survives and returns; it seems little more is required beyond reasonable monitoring from time to time, when nature may on rare occasions seem to be getting the worst in the fight for survival.
>
> When an irreconcilable conflict of interests develops between man and his environment, then the interest of man of necessity must be deemed to be paramount.[62]

(2) Consequences for Those in the Vicinity

While it might seem inconsistent to consider harm to the environment itself or to the common good but not harm to specific individuals, this latter point has seldom been directly confronted in either criminal or environmental cases. In the traditional criminal context, there is divided authority. Keith Devlin indicates in *Sentencing Offenders in Magistrates' Courts*[63] that the treatment by the English courts of attempts, which are much less heavily penalized than are full offences, although the maximum sentence and the *mens rea* are the same, suggests that the consequences are being taken into account. However, he questions whether this should be the case and uses as an example driving offences where there is no intent to injure but where the lack of care sufficient to ground the offence is small, while the consequences

themselves may be very grave. He suggests that the consequences are subsumed by the factor "gravity of the offence" and should not be given separate weight.

Sir Rupert Cross in *The English Sentencing System*,[64] speaking in the traditional criminal context, proposes that we focus on the amount of harm *intended*. But intent may be of little relevance in environmental cases. (See discussion, *infra*.) A middle ground was taken in *R.* v. *Mellstrom* in which a youth ran amok with a car, driving into a crowd of pedestrians and killing three people. The court stated that:

> While the enormity of the tragic consequences of an offence is a factor to be taken into consideration it must not be permitted to *unduly* distort the consideration of the court as to the appropriate sentence ...[65] [Emphasis added]

and that the death of three people should have no more effect on sentence than the death of one. If the case does reject consequences as a sentencing factor, it can be distinguished on the basis that the loss of even a single human life is so significant and tragic that it renders numbers superfluous. Direct support for the consideration of consequences as a factor is to be found in *R.* v. *Webb*, an Australian case, in which the court was held to be entitled to have regard to any "detrimental, prejudicial, or deleterious effect" on the victim.[66]

The rule that emerges from the cases appears to be that effects on victims can be taken into account, but should not be given undue weight, especially where the range of harm associated with an offence is great.[67] The Ontario Court of Appeal has recently endorsed consideration of actual effects on victims in criminal cases[68] and both potential and actual effects in public welfare cases.[69] The Québec courts have taken into account the fact that the residents of a town had been carrying water to their homes for two years as a result of a pollution in the river similar to the offence committed by the defendant (discharging manure to the river) in one case,[70] and in another case, imposed a fine of $10,000 because the defendant's discharge of manure to a river had forced one neighbour to spend $6,000 to construct a private aquaduct and had deprived other neighbours of drinking water and water for their livestock for a long period of time.[71]

It seems, then, that it is open to the courts to treat actual effects as an aggravating factor when only potential or probable effects are sufficient for conviction. For example, the courts consider irritation suffered by neighbours from dust or odours. The fine of $15,000 imposed on Tricil Limited of Mississauga, Ontario, after the company burned oil containing PCBs, appears to have recognized residents' complaints of odours, nausea, headaches and ear, nose, and respiratory ailments.[72]

In *R.* v. *Nacan Products Ltd.*,[73] Dnieper J. took into account similar symptoms occurring as a result of a chemical spill in imposing the maximum fine.

(3) Costs Borne by the Public

Since many environmental offences are matters of negligence, it is significant that the common law of negligence is not yet settled as to the extent to which those

who cause accidental harm have responsibility to reimburse public authorities for expenses which are due to their carelessness.[74] An argument can be made that the public has already paid for such services through taxes, and that reimbursing public authorities is not within the foreseeable ambit of risk. On the other hand, deterrence and the internalization of social costs favour imposition of such expenses on the polluter.

In addition to the forms of harm discussed above, the direct costs of remedying the offender's failure to comply with the law have been considered in at least one case. In *B.L.S. Sanitation*,[75] Loukedelis J. held that the fine should be commensurate with the burden imposed on the public. He levied a fine very close to the estimated cost of hiring contractors to remedy the accused's breach.

The extent to which damage and cost of repair can be taken into account will depend upon the evidence before the court. Where such evidence has been introduced on the liability issue, there will be no problem. Where it has not, Stuart J. suggests that the burden of adducing it is on the Crown.[76] The Crown appears to have no statutory role in the sentencing process, and the extent to which the Crown can and should take part in sentencing has been controversial in the past.[77] However, it seems to be a clearly established practice in Canada today for the Crown to make submissions as to sentence and lead evidence in support of them if necessary.[78]

To establish the gravity of the offence it is important that prosecutors call evidence of the potential and actual harm to the public welfare both in general and with reference to particular victims. The sort of evidence that would be called in a nuisance action could play a significant role in sentencing. John McLaren suggests the following as witnesses:

- chemists, as to level of contaminant;
- public health officials, as to incidence of respiratory diseases in the area;
- realtors, as to decline in property values;
- doctors with experience examining and treating patients from the area.[79]

He also quotes from Donnelly Hadden, in his article "Presenting the Air Pollution Case,"[80] who suggests calling lay witnesses to describe their observations of: the smell, feel and look of the pollution; the effects on their breathing and visibility; and, the discomfort caused by it. Such evidence could be relatively easy to adduce under the relaxed and informal rules of a sentencing hearing, as long as facts are not disputed. If submissions are disputed, they must be proved beyond a reasonable doubt, and sentencing hearings can become a lengthy, rigorous process.[81]

It is submitted that if public welfare offences are "preventive" and their purpose is to set high standards, no actual damage should be necessary to attract substantial penalties. The degree of risk or potential harm inherent in the activity should be the primary criterion for a substantial penalty, and actual harm an aggravating factor. This view is reinforced by the fact that actual harm is not an element of many environmental offences. Where conviction can be based on a mere possibility or a likelihood of harm, the fact that no serious harm resulted should not necessarily lead to an inconsequential penalty. Nor, where the most important concern is cumulative, long-term harm which may affect everyone, should the absence of specific victims be given undue weight.

B. Intent

In traditional criminal law, the offender's intent has a considerable effect on the sentence, and during the 1970s lack of intent played an important role as a mitigating factor in environmental cases. Even today, judges frequently refer to the lack of *mens rea* as a mitigating factor. There is no doubt that the accidental nature of most environmental offences that come before the courts exerts a downward force on the size of the fines.

It is submitted that in environmental cases, lack of *mens rea* should not be a mitigating factor. The Supreme Court of Canada decision in *Sault Ste. Marie*, marked a watershed in the role of *mens rea*. Unless a pollution statute expressly either includes or excludes both *mens rea* and negligence, the offence is likely to be considered one of strict liability. The essence of liability is negligence. Intent is not an ingredient of the offence, nor is lack of intent a defence. The accused may absolve himself by showing that he exercised reasonable care or made a reasonable mistake of fact, but whether his conduct was deliberate or reckless is irrelevant on the question of liability, except to negate a defence of due diligence.

The courts might bear in mind that the impossibility of proving intent was one of the reasons for the development of strict and absolute liability. Corporate decisions are taken behind closed doors. The only witnesses, corporate employees, are unlikely to come forward. No examination for discovery is available to the Crown. If the corporation claims innocent intent, and the offence was not so flagrant as to make intent obvious, the Crown will rarely be in a position to counter the claim.

Because of conflicting authority on this point prior to *Sault Ste. Marie*, and because of the need to relieve against the harshness of absolute liability, the polluter's innocuous or merely careless intent was often considered in mitigation of sentence. Now that the minimum requirement for conviction is absence of due diligence, however, the gravamen of a strict liability offence is carelessness itself. If carelessness is sufficient for conviction, should the mere fact that the offence was accidental warrant preferential treatment? It is questionable whether lack of deliberation or lack of moral turpitude ought to continue to be considered in mitigation of sentence. A more logical approach at this juncture would be to consider intent only at the other end of the spectrum, that is, wilfulness or recklessness as an aggravating factor.[82] Although there is no authority directly on this point, *dicta* in *R. v. United Keno Hill Mines Ltd.* are consistent with this suggestion.[83]

C. Savings or Gain Derived from the Offence: "Fruits of the Crime"

If a fine is to be effective in achieving the objectives of retribution and deterrence, it must at least approximate the dollar value of the fruits of the crime. Forer suggests that even a fine that is merely equivalent to the cost of compliance "gives the corporations the option of fighting or complying with no real penalty for failure to comply."[84] It might be argued that the expense and inconvenience of

defending a prosecution, added to a fine equal to the cost of compliance, would tip the scales in favour of compliance. But because of political pressures on government and the understaffing of government agencies, corporations are aware that the likelihood of prosecution is low. This approach may, therefore, merely present the corporation with an attractive gamble. A fine that exceeds the illicit benefit by some significant amount would appear to be justified in the name of deterrence. This factor is well recognized in tax cases and trade offences. In tax cases, for example, a fine is levied in addition to assessment of the tax evaded. The Ontario Court of Appeal in *R.* v. *Browning*,[85] levied a $10,000 fine expressly calculated to deprive the company of its net profit attributable to a trade offence.

In Working Papers 5 and 6 on *Restitution and Compensation* and *Fines*, the Law Reform Commission of Canada points out that depriving offenders of the fruits of their crimes should assist in discouraging criminal activity.[86] In Working Paper 16 on *Criminal Responsibility for Group Action*,[87] however, the Commission discourages the use of the fine to strip the corporation of illegal gains, advocating that this be done only through restitution or some as yet non-existent separate mechanism. The suggestion has great merit. A specific measurement of the ill-gotten gain with a super-added fine would probably result in a higher quantum as well as a more equitable and logical distribution of the proceeds of the prosecution. Until a formal schema for restitution is adopted, however, the fine should include an amount in excess of the ill-gotten gains.

This factor has limited application in environmental cases. As stated above, most cases that reach the courts involve accidental pollution, such as spills out of the ordinary course of events. Ongoing, routine emissions are usually dealt with through a negotiating process involving issuing orders, persuading companies to enter into formal or informal abatement programs voluntarily, or imposing terms or conditions in permits to carry out activities that cause pollution. When a spill or discharge is accidental, it is difficult to make a case that any profit was intended or achieved.

Even when an offence involves ongoing emissions, difficult engineering and accounting questions arise in attempting to determine how much money a company saved by not carrying on its business in a different manner. The question is one of opinion evidence by expensive expert witnesses. With the low maximum fines, the cost to the Crown of retaining forensic accountants to pour over the company's books prior to sentencing is difficult to justify.[88]

In practice, companies often argue that, at least in the case of accidental spills, they have lost money, since valuable product or raw materials have been wasted. However, there are cases when offenders profit from their offences; for example, by choosing to delay affordable abatement measures in favour of other corporate goals such as expansion or higher production. There are some occasions when ill-gotten gains can be quantified relatively easily. For example, when a hauler retained to take industrial waste to a suitable landfill site dumps it in a farmer's field instead; if the quantity and nature of the waste is known, it is possible to compute the transportation and disposal costs the hauler avoided. Even then, the prosecution faces evidentiary problems. If the only suitable site for disposal of the waste is in the United States (as is the case for many hazardous materials), the Crown must bear

the cost of bringing the site operator to the sentencing hearing, or of arranging to take commission evidence at the operator's locale, where procedural machinery exists to accomplish this. Morever, the site operator must agree to appear voluntarily (perhaps as a paid expert witness) as he is not subject to a subpoena issued by a Canadian court for two reasons: his nexus to the case is not sufficient to justify the use of compulsion to bring him before the court, and the subpoena has no effect in a foreign country.

The obvious approach of having a provincial officer obtain a quotation from the operator and present it in court suffers from the equally obvious defect that the officer's evidence would be hearsay.

In short, the difficulty of proving a cause-and-effect relationship between pollution and profit and of quantifying the savings or gain, limits the value of this factor in environmental cases. Nevertheless, the authors submit that the courts should be receptive to this approach in appropriate cases.

This approach was argued by the Crown in *B.L.S. Sanitation*[89] and was favourably commented on in *United Keno*,[90] where Stuart J. suggested practical ways of dealing with the evidentiary problems. The judge in *B.L.S. Sanitation* shied away from basing the fine on ill-gotten gains, stating only that "I am not entirely convinced that this type of case is appropriate to it." Perhaps the real reason was that there was no evidence before the court of the company's profit from refusal to comply. If this was so, however, the court need not have condemned the approach itself.

Stuart J. on the other hand, would make the amount of illegally realized windfall a minimum fine. He would place the onus of establishing the quantum on the corporation, since it is privy to the information. If information were not forthcoming, he would rely on any reasonable estimate from the Crown, or on evidence from competitors.

D. The "Worst Case"

In environmental, as in criminal cases, the maximum fine is to be reserved for the worst possible cases.[91] However, this does not mean that the maximum sentence can never be imposed because it is always possible to imagine a worse violation or a more callous offender than the one before the court.

It has been suggested that an offender whose conduct approaches wilful blindness, who permits discharge of a very large quantity of highly toxic matter, and who has been convicted previously of a similar offence falls within the "worst case" and merits the maximum fine.[92]

The factors that move a situation towards the worst case include surreptitiousness,[93] deliberateness, recklessness, attitude, and disregard for instructions of environmental authorities.[94]

E. Ability to Pay

In the case of an individual person, the courts must always take into account his or her ability to pay. When sentence is passed on an individual, legislation frequently provides for a term of imprisonment to be prescribed in default of payment. Since imprisonment for debt is to be avoided except in exceptional circumstances, the magnitude of the fine levied on an individual person must bear some reasonable relationship to his ability to pay. This presents a problem in the case of the offender who has little means but has committed a very serious offence, an issue which we will discuss below.

In the case of individual persons in environmental cases, the courts rarely state explicitly that they are basing quantum on ability to pay, but as we will discuss below, there is no doubt that this is one of the key factors, as evidenced by the fact that on average, smaller fines are imposed on individual persons and family corporations than on large corporations when they commit similar offences.[95]

It is submitted that the difference between the means of small offenders and the substantial maximum fines which courts are exhorted to keep in mind in setting quantum,[96] helps to fuel the public perception that fines are too low. People see offenders who have committed very serious offences "getting off" with low fines.

Since most polluters who come to trial are small businesses, the courts are frequently faced with the question of ability to pay. There is no doubt that acts that would result in large penalties if committed by wealthy corporations bring far smaller penalties because of the circumstances of most small business offenders. It is only the prosecutors' frequent reminders that the higher courts have ruled that general deterrence must be taken into account which keeps fines against small polluters as high as they are. The solution to this dilemma, it is submitted, lies in fashioning alternative remedies which allow a court to impose a stringent penalty without inflicting undue financial hardship. Such alternatives are discussed in Part II.

In the case of corporations, there is generally no explicit discussion in the case-law of ability to pay. It usually takes the form of discussion of the size and wealth of the corporation.

F. Size and Wealth of the Corporation

The size and wealth of a corporation are factors frequently mentioned in sentencing.[97] These factors usually come into play in relation to ability to pay, and the requirement of providing deterrence (that is, the fine should not be a licence to pollute). It is possible, however, that the judges also have in mind the principle that a higher standard of care might be expected of a larger corporation, and that the punishment to a corporation which has the resources to avoid pollution and fails to do so should be more severe than the punishment to a company lacking such resources. If the courts are thinking this way, they are not articulating it.

On the other hand, with regard to corporations, the courts have expressed reluctance to impose a fine that will drive the company into liquidation.[98] Although the courts, as mentioned, are reluctant to impose a fine on an individual person beyond his ability to pay, leading to his imprisonment in default, it is questionable whether the large corporation is in an analogous situation.

There is no rule of law that a corporation that is undercapitalized to meet its obligations, be they contractual, tortious, or criminal, is entitled to salvation from the consequences of its own acts. In fact, the opposite is true. A contract that cannot be carried out within the law is void or voidable as being contrary to public policy. If the fine warranted by the gravity of the offence is one the company cannot pay, a choice must be made between the company's interests and the broader public interest. The court in *R.* v. *The Canada Metal Co. Ltd.* stated that "in public welfare offences, the protection of the public is paramount to individual interests."[99] The ultimate balancing of environmental damage against the economic benefit of commercial enterprise involves policy choices that are within the purview of the legislature. But the courts will no doubt continue to be sensitive to the economic repercussions of sentencing on the corporation.

In this regard, a factor that cannot be ignored is that environmental cases are initiated, and initial appeals are heard, in the lowest courts. These courts are based in the community where the offence occurs, and the judges are intimately aware of the social and economic fabric of the community. They are likely to show more concern with the economic welfare of local businesses than the higher courts.

For example, in *R.* v. *O. E. MacDougall Liquid Waste Sales and Systems Limited*[100] and *R.* v. *Direct Winters Transport Limited*,[101] the two companies were charged with different offences arising out of the same incident involving unlawful transportation of liquid industrial waste. The illegal method was developed by MacDougall, which used Direct as the instrument for carrying it out. Direct, a large national trucking company, pleaded guilty and threw itself on the mercy of the court. It was fined $1,500. MacDougall, a small local company, put the Crown to the expense of a trial in which the evidence it introduced went primarily to mitigation of sentence rather than to defence. It was given a suspended sentence. On appeal of this sentence, the county court raised the fine to $500. The Crown had asked for a sentence at least equivalent to that of Direct, but the court made reference, as had the lower court, to the fact that this was a local company.

The higher courts would probably give less weight to local economic factors, but as long as the vast majority of environmental cases begin and end in the lower courts, local economics and local pride will be a factor in many sentencing decisions.

The converse of this line of reasoning is that too small a fine may have no impact on a large corporation. It may be regarded as a mere licence fee and have no deterrent effect. But more than this, the large corporation may have a greater capacity to deflect or absorb a fine. The courts have frequently recognized this, either explicitly or implicitly by imposing higher fines on larger corporations.

There is no question that the fines available under most environmental statutes are so low that even if the maximum were imposed it would be perceived as a mere licence. It will be submitted in Part II that the fines must be raised for large

corporations. Difficult policy decisions arise if large fines are contemplated. Our courts are just beginning to grapple with the problem in environmental cases, because until recently fines have generally been low. The Law Reform Commission of Canada takes the position that the true impact of the penalty is felt not by the corporation itself, which is described as a "mindless, lifeless symbol" but rather by the people within the corporation who may have a claim on the sum levied. The Commission cautions that attention should be paid to the special character of the corporation because of repercussions throughout "the economic matrix."[102] The Ontario Court of Appeal appears to have implicitly adopted this reasoning in *R. v. Van's Gifts and Books Ltd.*,[103] an obscenity case, when it reduced the fine to reflect the family ownership of the corporation. The result was equivalent to lifting the corporate veil to confer an indirect benefit on shareholders — something the courts have refused to do in civil cases.

It remains to be seen whether the corporate veil will be similarly lifted, as logical consistency would require, to impose an increased fine on a small corporation with ties to a much larger one. This is an important issue, particularly in a branch-plant economy like Canada's in which a small company with an unfamiliar name may well be a subsidiary of a much larger company, possibly one of the multi-nationals.[104]

In such cases, the small company may have few assets and little income. While it is in law a separate legal entity, in practice it may have little autonomy from its parent company. In particular, the parent company may impose spending limits. These companies often cannot make large expenditures on environmental control or occupational health and safety without approval of the parent company.

Under such circumstances it might be argued that it would be unfair to take into account resources of the parent company that are not available to the defendant company in deciding quantum of sentence, as they do not adequately reflect either the defendant's means or its degree of culpability. As a practical matter, however, no real deterrence is possible unless the parent company knows that it must accept some financial responsibility for the illegal activities of its subsidiaries. The court must be in a position to trace corporate connections to prevent wealthy corporations from hiding behind "dummy" corporations set up to shield them from responsibility for ventures involving great risk to health and environment. Assessment of ability to pay must be based on the wealth of the corporation or individuals ultimately initiating or controlling the offending conduct.

The Law Reform Commission seems to regard it as somehow unfair for shareholders, and employees who are entitled to share in corporate profits, to suffer for acts in which they did not participate. But this argument raises an image of the shareholder as one of the three monkeys: See no evil; hear no evil; speak no evil. Shareholders, no matter how small their interest or how little control they have over corporate policy, should not expect to reap the dividends of good corporate management and yet be insulated from the costs of corporate irresponsibility. Perhaps it is not unreasonable to consider that even small shareholders are often among the more affluent members of our society, the class that is best able to live up

to its economic responsibilities. The average person in Canada today does not have a stock portfolio to worry about.[105]

W. B. Fisse[106] also expresses concern for the consumer to whom fines may be passed on. But if fines are large enough to exceed the cost of compliance, they should deter competitors from following a similar course. Consumers should, in theory, find goods available at lower prices from law-abiding firms which do not need to pass on fines.

The Law Reform Commission states that:

> . . the possibility exists of developing a formula for corporations to equalize the marginal deprivation imposed on each corporation by a fine in relation to such factors as profits, total assets, and ability to deflect the impact of the fine.[107]

Proper consideration of corporate size and wealth requires evidence. The necessary information will sometimes be accessible to the Crown, since many corporations are by law required to make public reports. Private or closely held corporations, on the other hand, often need not make such filings nor need they reveal the identities of their owners. Even where the information is available, it may not be in a form that is admissible as evidence. Some rules of evidence may have to be changed to allow use of the information. Indicators which the court might consider in assessing the size and wealth of the corporation are taxable income, total capital,[108] "profits, assets, current financial status, and characteristics of the relevant market...."[109]

Apart from the evidentiary problems, the argument that criminal courts are ill-equipped to deal with such matters is unpersuasive: they do so in trade cases and in cases of complex commercial fraud involving individual persons. Difficult though the issues, both substantive and evidentiary, may be in this area, the courts have indicated a readiness to address them if given the opportunity.[110]

G. Anthropomorphic Factors

In environmental cases, as in white-collar crime, the courts have appropriated the language of street crime and attribute human characteristics to businesses. They frequently make reference to corporate "character," "attitude,"[111] and "remorse" as factors in sentencing. These traits are intuited from the company's previous activities and preventive or remedial steps it has taken prior to sentencing.

(1) Corporate Character

The claim that the offender is a "good corporate citizen" is often urged upon the court as a mitigating factor. It received judicial notice in *R.* v. *Giant Yellowknife Mines Ltd.*[112] and in *R.* v. *Canada Cellulose Co.*[113] The court in *Hoffmann-La Roche*[114] waxed eloquent on behalf of the accused, reciting its clean criminal record, the usefulness of its products and its free drug program for indigents. While it would be unrealistic to deny that corporate enterprise can ever be beneficial to society in

other than purely economic ways, claims to good corporate character warrant close scrutiny. Neither court cited here attempted to define what it meant by the concept.

Character in a human being is relevant to sentencing because it is believed to be a product of heredity, environment, or both, and to be in some sense fixed and predictable. A person's past behaviour can be used as a basis on which to make predictions about future conduct. There is little in the conduct of a corporation, however, that is necessarily fixed or immutable. Its policies are subject to change: with turnover in its directors, officers, and senior personnel, with the initiatives of its competitors; and, with its current profit-and-loss picture. A certain cynicism concerning corporate altruism is called for. Charitable programs may be motivated by the desire to boost sales indirectly or to acquire tax write-offs. Any act for which profit is the main motivation is surely, at the very best, morally neutral.

If by "good corporate citizen" the courts really mean that the defendant has no criminal record or has made significant efforts at co-operation and control of pollution, more direct consideration might be given under headings "I" and "L," *infra*.

Damage to the corporate image from prosecution is also a favourite claim of defence counsel, and received consideration in *Giant Yellowknife*.[115] The court pointed out that the company would have difficulty operating its mine in a climate of hostile public opinion. But studies of newspaper coverage of corporate prosecutions indicate that moral opprobrium or tarnishing of the corporate image as a deterrent is ineffective because of poor reporting and the neutral language used.[116] Corporations that deal only with other businesses, that sell through subsidiaries, or whose products are not associated in the public mind with a corporate name, may suffer no ill effects at all. Hoffmann-La Roche, for example, manufactures a large number of drugs which are purchased by prescription under generic or brand names that bear no connection in the minds of the consumers who pay for them to their manufacturers. Fisse suggests that formal publicity sanctions might be more effective, but notes that the impact cannot be controlled and may be neutralized by counter-publicity.[117]

The Law Reform Commission of Canada would require the company to notify shareholders of: the prosecution; the nature of the offence; and, the sanction.[118] However, in light of the lack of success shareholders had in the 1970s in dissuading Canadian corporations from investing in Brazil, or from supporting apartheid in South Africa, and in the 1980s in passing resolutions regarding control of acid rain at shareholders' meetings of Inco Ltd., one wonders how effective even this approach would be.

(2) Contrition or Remorse

As in street crime and trade cases, remorse or contrition has been recognized as a mitigating factor in environmental cases. Conversely, an absence of remorse is probably an aggravating factor.

However, there is a danger of giving too low a fine by attributing such human motives to corporations. Corporations cannot feel remorse. The individuals running

them can, and sometimes do. But it is almost impossible for a court to determine on the basis of statements by defence counsel or corporate executives at the sentencing hearing whether remorse is genuine. Moreover, environmental offences often result from numerous small omissions at various levels in the corporation. The remorse of the official who attends before the court does not necessarily reflect attitudes toward the offence throughout the corporation.

In *United Keno*,[119] Stuart J. attempted to come to grips with this problem by focussing on corporate actions rather than words. While suggesting that indications of genuine regret are relevant to the determination of the degree of sanction needed to achieve corporate "rehabilitation," he suggested that the sincerity of expressions of regret can be gauged by the speed and efficiency of corporate action to rectify the problem, by voluntary reporting of the violation to authorities, and by the personal appearance of senior corporate executives before the court to state the company's regret and outline plans to avoid recurrence of the offence. In contrast, Bourassa J. in *Panarctic*[120] placed little weight on the appearance of a corporate executive as "it is only proper that the defendant have a human representative present at its sentencing."

Before *United Keno*, corporations were usually represented solely by counsel at sentencing hearings. Since Stuart J.'s decision, the appearance of managers or executives has become a formula, and may mean nothing more than that counsel has read the *United Keno* decision.[121] Read together, it is submitted that the two decisions mean that remorse is to be gauged primarily by actions. Production of a human spokesperson will be a factor, but only a minor one, as the public has a right to expect this. The position of the spokesperson within the corporation and his ability to ensure that any promises he makes to the court are kept will be relevant to the extent that his presence indicates corporate contrition. In general, the higher he is in the corporation or the more closely he was involved with the commission of the offence, the more weight should be given to his presence. Similarly, whether he testifies under oath and makes himself subject to cross-examination, submits future plans in writing, and whether such plans are vague and general or specific and detailed should be taken into account. Conversely, the failure to produce a person within the corporation should be an indication of a lack of remorse and treated as an aggravating factor.

We submit that the concept of corporate personality is not to be confused with possession of human qualities, and that the courts ought to be leery of indulging in anthropomorphic attribution. Corporations are not human beings writ large. The individual's thirst for money is tempered by other values and constraints on opportunity. The corporation is an instrument designed expressly to overcome the constraints on opportunity and its institutional systems are often designed to override other individual human values that conflict with the goal of maximizing profit. It is trite sociology that people in groups do things they would not do alone. One of the effects of subordination of individual human motivation to corporate goals, Stone suggests, is a "reduced sense of responsibility for one's own acts that occurs when men are brought together into large institutional frameworks."[122] Stone points out "the law's failure to search out and take into account special features of business

corporations as actors that make the problem of controlling them a problem distinct from that of controlling human beings."

The objection to anthropomorphic language is that it obscures these differences and, to the extent that language shapes our perception of reality, impedes the discovery of the solutions to deterring corporations from ravaging the environment.

H. Guilty Plea

As in criminal cases, the courts treat guilty pleas in environmental cases as mitigating factors.[123] There are two reasons for this: the money saved, and the plea as an indication of contrition.

There is no doubt that guilty pleas save the public a lot of money. Environmental prosecutions tend to be exceptionally complex, time-consuming and expensive. Investigation involves the use of laboratory facilities and of personnel who possess technical expertise. The site where the pollution occurred may be remote and costly to reach. At trial, experts must be called to testify to the continuity of exhibits and to explain scientific tests and technology. When the defence of due diligence is raised, the Crown must rebut it with evidence of what a reasonable system of control would have been. This also requires the use of expert witnesses. Often the only experts in the vicinity work for the defendant, so that the Crown must bring in its own experts from outside the area. Frequently, the prosecuting agency does not have staff with the necessary expertise, and must retain outside consultants at great expense. The cost to the taxpayer of the investigation alone in *R.* v. *Cyprus-Anvil*[124] was $18,000.

Consequently, some appreciation of a guilty plea may be reflected in the fine. This will not be so, however, where the accused knows that it has been "inescapably caught,"[125] as occurred in *Cyprus-Anvil* where a very large quantity of sodium cyanide of very high toxicity was released into the mine's tailings pond over a long period, and as occurred in *R.* v. *Canadian Industries Limited*.[126] Avoidance of a lengthy and expensive trial was cited, *inter alia*, as a mitigating factor in *R.* v. *York Sanitation Co. Ltd.*[127]

We suggest that in addition to the qualification that guilty pleas will not be considered mitigating factors where the accused pleaded guilty only because it has been inescapably caught, the courts should give less credit to guilty pleas in cases where the plea is left to the last minute when the decision as to how the accused would plead was made, or could easily have been made, at an earlier date.

This is not to suggest that failure to enter a plea at an earlier date should be considered an aggravating factor. An accused is innocent until proven guilty. It would be a serious interference with his civil liberties to penalize him for exercising his right to remain silent until the date of the trial.

However, the reality is that by the trial date in a complex environmental case, thousands of man-hours and dollars will have been spent on trial preparation. This expenditure may exceed by far the time and cost of the trial itself. In many cases, the defendant or its counsel has been aware for a long time, or could have been aware

with timely attention to the matter, that there was no defence on the merits. Delay in advising the Crown of the intention to plead guilty may merely be a result of a lack of attention to the matter, or a deliberate attempt to delay plea bargaining until just before trial. By that time the holes that exist in every case are looming largest in the mind of the prosecutor and he is psychologically most vulnerable to negotiating a lower sentence.

If the courts were to make explicit reference to their reluctance to treat guilty pleas as mitigating factors in cases where an early communication to the Crown could have resulted in substantial savings of public funds, defence counsel would undoubtedly take note. This might save large sums wasted on unnecessary trial preparation. In the absence of such judicial pronouncements, there is little to counterbalance the natural tendency to procrastinate.

This is not a suggestion that any person who has a defence on the merits should abandon it on the basis of economic expediency, or that it is wrong to take advantage of technical defences or the right to put the Crown to the strict proof of its case. Moreover, defence counsel should take as long as they need to explore fully the strengths and weaknesses of their client's case before giving their final advice. However, neither is it wrong for a court, it is submitted, when a defendant chooses to enter its guilty plea at the eleventh hour, to take into account public funds thrown away on unnecessary trial preparation, should the Crown make submissions to this effect and the defence fail to put forward a convincing case that a decision could not reasonably have been reached earlier.

We have already indicated what we think about the idea of corporate "remorse." We also submit that the courts should not be overwhelmed with gratitude for the generous gesture in saving the taxpayers time and money. In the corporate community, the decision to plead guilty is frequently, if not always, purely an economic one. The company may wish to avoid the cost of experts and lawyers, hide evidence that would come out at trial, or avoid adverse publicity. Although the court is never told of these motives, corporate counsel are often frank with the prosecutor in stating this during plea negotiations. In fact, frequently the branch plant personnel continue to feel they have done nothing wrong and wish to defend the case, but they are overruled by a head office in a distant city or a different country, more concerned with the overall profit picture, corporate image, or good relations with regulatory agencies than with the feelings of the people immediately responsible for the offence.

What we are saying, perhaps, is that a guilty plea should be a neutral factor in environmental cases unless there is some compelling evidence to show that it really indicates remorse. Where a defendant has allowed the Crown to spend a lot of public money before putting his mind to whether he has a defence or before communicating his intentions to the Crown, this does not indicate remorse. Proof that such delay was unnecessary would be very difficult, but no more difficult than proving whether a guilty plea was motivated by remorse or by a realization that the defendant had been inescapably caught. For example, a failure by defence counsel to return Crown counsel's telephone calls or acknowledge correspondence might be considered lack of diligence by the defendant in the absence of any appropriate explanation.

The difficulty with our suggestion is that the defendant's right to be presumed innocent until proved guilty and to use all legitimate avenues and take all the time he needs to defend himself has been taken to mean that, while the Crown has a duty to provide disclosure and not to take the defendant by surprise, the defendant has no concomitant duties. As long as this is so, it is difficult to establish any standards of conduct against which to weigh the pretrial behaviour of defendants.

We respectfully submit, however, that it does not follow from these rights that it is legitimate for the defendant to sit back and wait for the Crown to make a mistake or to delay for the sake of delay if he wants the court to exercise a purely discretionary power of granting leniency on the basis of his guilty plea. The solution may lie in establishing guidelines for conduct which the defendant need not follow, and which will not be taken into account in determining his guilt or innocence, but which he must follow if he wants his guilty plea considered in mitigation. For example, defendant's counsel might be told that evidence that they were actively exploring defences throughout the period between issuance of the summons and the date set for trial would be evidence of good faith, whereas evidence that an expert was retained a few days before trial and advised the company it had little chance of success would mitigate against a lowering of the fine. A showing that defence counsel had communicated possible defences to the Crown expeditiously and that the Crown had not convincingly rebutted them might also evidence good faith. There is nothing inconsistent with fairness in establishing such guidelines because they address themselves only to the conditions under which the court will exercise a discretion and not to any fundamental right of the defendant.

I. Co-operation and Expenditures

The courts appear to be particularly mindful, in environmental cases, that the ultimate goal of the legislation is the reduction in pollution, not punishment *alone*. Thus, efforts to prevent the offence from occurring or to remedy the effects of a company's breach and to prevent repetition will be treated as mitigating factors.

The result of well-intended but ineffective preventive measures, co-operation and mitigation of harm after the fact is not to reduce the fine to a low or nominal one. Taking into account preventive and remedial measures, the courts tend to impose fines in the middle of the range for large corporations, and order fines of $1,000 or more for individual persons and small corporations. In each of the cases described below, the maximum possible fine for each count was $5,000.

(1) In Reporting, Clean-up and Control of Pollution: After the Fact

The court in *Canadian Industries Limited*[128] was impressed by the fact that the accused voluntarily reported a copper sulphate spill that would otherwise have gone undetected by the government. The company was extremely co-operative in the investigation, flying government officials over the site in a company airplane. As a

result, a fine of only $1,000 was imposed. Similarly, efforts by Canada Tungsten Mining Corp. Ltd. to consult with, and act upon, the advice of government officials, and their expenditure of $39,000 to bring the problem under control, resulted in a lighter-than-average penalty.[129] The acceptance by the company of a more expensive solution, over a less expensive but more hazardous one, was cited in *Canada Cellulose*.[130]

The personal appearance by corporate executives to outline plans to avoid future repetition is considered important by Stuart J.[131] However, unless such statements are presented as a formal undertaking to the court, preferably in writing, or incorporated into a court order (where this is possible), a court might be wise to bear in mind the dictum that the road to hell is paved with good intentions.

In *Cyprus-Anvil*,[132] the maximum fine of $5,000 was reduced on appeal to $4,500 in consideration of the fact that after the discharge, the company had made repairs promptly and had co-operated with the authorities. In *Plant National*,[133] the company made expenditures for pollution control and completed the installation of a pollution control system between the date of conviction and the date of sentencing. On this basis, it argued for a fine of $500. However, on the basis of general deterrence, the court accepted the Crown's recommendation that the fine be $1,000.

There can be no greater assurance that an offence will not be repeated than relocation or cessation of offending operations. In *R.* v. *Metal Flo*,[134] the company was charged with five counts of causing excessive vibrations in a residential area and one count of operating without a required approval. By the time the matter reached court, the company was in the process of relocating its entire operation to a rural site with no immediate neighbours and installing controls to minimize vibration. On a guilty plea, the court accepted the Crown's recommendation for a fine of $200 on each count, a total of $1,200. In *R.* v. *Tricil*,[135] by the time of sentencing, abatement had been achieved by the company's discontinuing the offending aspects of its operations. It was fined $15,000 ($3,000 on each of five counts). In *R.* v. *Festival Sales and Products Ltd.*,[136] the company gave the court a formal undertaking to discontinue the offending operations and was fined $2,000. In *R.* v. *Russell*,[137] a fine of $2,500 was upheld on appeal against a farmer who permitted a discharge of pig manure into a stream, even though he had since given up farming. Indeed, the highest fine ever levied in Ontario, and the highest under the *Fisheries Act* up to that time, $64,000, was levied against a company that proposed to close the offending plant "before long."[138]

Thus, even when companies relocate or shut down offending operations, fines have still been in four figures.

(2) On Pollution Control: Before the Fact

Courts often treat past pollution control efforts and expenditures as mitigating factors regardless of whether they related to the area of operations that caused the problem which is the subject of the case. In *R.* v. *American Can of Canada Limited*,[139] the court noted that while the company was sometimes negligent and

indifferent to the consequences of its actions, it had also taken some positive steps to control the pollution. Some of these steps were found to be unsatisfactory or unworkable and were abandoned. The court imposed the highest total fine up to that time: $64,000 (sixteen counts at $4,000 each). In *R.* v. *Barnes*,[140] the company had made substantial expenditures in attempts to reduce a dust problem. It was fined $2,500. In *R.* v. *The Canada Metal Co. Ltd.*,[141] the company pleaded guilty to two counts of emitting lead into the air and sentence was suspended, on the basis of an agreed statement of facts which acknowledged that the company had: co-operated with the Ontario Ministry of the Environment; complied with control orders; agreed to the need for upgrading their existing pollution control equipment; and, ordered better equipment, the delivery of which had been delayed until after the event. On appeal, on the basis of the same facts, the penalty was raised to $5,000 with costs against the company fixed at $500. In *R.* v. *Holmes Foundry*,[142] the court imposed a fine of $3,500 for a second conviction, stating that it assumed it was virtually impossible to operate a foundry without emitting some dust and that the company was "making a fairly realistic approach to solving their problem."

One court has recently injected a note of caution in respect to the use of co-operation and expenditures as mitigating factors. In *R.* v. *Echo Bay Mines Ltd.*,[143] Northwest Territories Territorial Court Judge Peter Ayotte warned that "there must be a limit to how far [the conduct and good character of a defendant] can go to reduce the penalty imposed."

With respect to activities before the event, His Honour stated:

> [I]t is especially important in cases such as this for the Court to be mindful of the harm sought to be prevented by the legislation involved and not to dilute the force of the law by placing too much emphasis on matters which are after all only marginally relevant to the substance of the charge. To do otherwise would be to encourage a very low standard of compliance. Too much emphasis, for example, on other efforts in the environmental field in determining sentence will encourage corporations to pick and choose those areas of their operations where time and effort will be spent to comply in the knowledge that the penalty for non-compliance in other areas will thereby be substantially reduced. The dangers of such an approach are well-exemplified by this case where time and money were expended by the defendant on the dismantling and disposal of abandoned structures while ignoring repairs to and inspection of a fuel handling system known to be less than desirable. While the former efforts are laudable, they can have only a limited effect on the penalty for neglecting a fuel handling system whose malfunction could potentially have much greater and more permanent effect on the environment than the presence of abandoned structures on the mine property.[144]

With respect to remedial activities he added:

> Similarly, while the response to the spill and the subsequent plans and efforts to upgrade and change the fuel handling system show a serious concern to prevent any future occurrences such as this, they are after the fact, as it were. This legislation is not intended to encourage compliance *after* an environmental mishap but rather to demand compliance *before* those mishaps occur so as to prevent them.[145] [Emphasis in original]

Conversely, corporations that allow pollution to persist over long periods without attempting to remedy the problem[146] or proceed to pollute in the face of warnings of illegality[147] can expect large fines.

J. Laxity of Government Agencies

Particularly in recent cases, the courts have been reducing sentences as a result of government negligence or laxity. In *R.* v. *Suncor Inc.*, an Alberta Provincial Court fined the company $8,000 for a violation of section 33 of the *Fisheries Act* by depositing grease and oil into the Athabasca River. The maximum fine is $50,000. Horrocks J. stated that he took into consideration the Alberta government's failure to control violations by the company over the past fifteen years. "If the government watchdogs aren't going to get worried" he stated, "then there doesn't seem to be a need for the company to get worried."[148] In *R.* v. *Wilby and Smithaniuk*, Wilby advised a government official of the nature and location of a dock he intended to build. The official raised no objections, made no visit to the site and made no record of the contact, leaving Wilby with the impression that he had oral permission to proceed and that this was adequate. Later, Wilby and a neighbour who had relied on Wilby's contact and a letter he had previously received from a different government agency were charged under the *Fisheries Act* with constructing the dock without a permit. In fining the defendants $10 each, Collingwood J. expressed astonishment at the government's "apparent lack of system or procedure to effectively accommodate incoming enquiries."[149]

Sad to say, there is a real need for the courts to protect even the guilty, in some way, from government laxity and incompetence, and sentencing mitigation is a good way to do it. Nevertheless, the courts should exercise great caution in making such judgments. They should distinguish between a mere failure to prosecute vigorously all offences, and turning a blind eye to offences which agencies know are occurring, and actively misleading defendants.

Stuart J. has suggested that:

> If the responsible government agency is not pressing for compliance, or is actually encouraging non-compliance through tacit or explicit agreements to permit non-compliant operations, the corporation cannot be severely faulted.[150]

A similar approach was taken in *R.* v. *Spataro Cheese Products*.[151] O'Connor J. had previously rejected this approach in *R.* v. *Cyprus-Anvil*.[152] He held that:

> The primary responsibility for the proper design, construction, inspection and maintenance of the retaining wall rested with the defendant company. Nothing in the legislation nor the fact that the government inspectors did not register any complaint concerning any weakness or fault in the retaining wall, diminishes the company's responsibility ....

Similar arguments were rejected in the *B.L.S. Sanitation* case.[153]

The approach is of doubtful value for policy reasons. Polluters should not be encouraged to stall for time through protracted consultations and negotiations with government agencies where the requirements of the statute are clear.

Nor is the court in a position to evaluate the adequacy of the resources available to enforcement agencies for purposes of "pressing for compliance." (See note 150, *supra*.) In cases where the agency is, in the words of Stuart J., "actually encouraging non-compliance through agreements to permit non-compliant operations," the

defence of abuse of process, and possibly similar defences based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are available.

Unless the government has given actual assurance that the conduct was acceptable, laxity of enforcement should usually be a neutral or a minor factor. Laxity in enforcement will often result in the outcome of prosecution being a first conviction, rather than being a second or subsequent one, which would carry a higher fine. The leniency normally accorded first offenders should be sufficient mitigation in most cases.

K. Reasonableness of Standards

A related issue, the reasonableness of the statutory standard, was dealt with in a highly questionable manner in *United Keno*:

> It is nevertheless relevant to consider corporate evidence of the excessive nature of environmental regulations. In the absence of evidence suggesting that reasonable environmental management is fostered by the imposed standards, some mitigation in sentencing is appropriate where the company is striving to meet the standards. In this case, the evidence substantially favoured the corporation's view that the standards were excessive and were not designed to serve any articulated environmental management scheme.[154]

The proposition that the standard itself can be put on trial is objectionable on political science, legal, and scientific grounds. The prosecutor cannot be presumed to know the purpose for which a standard was set or judge its scientific validity so that he can speak to, or call evidence on, these matters. Public servants within different branches of the same agency may not even agree. Nor are civil servants or the courts in a good position to read the minds of the legislature or Cabinet which passed an Act or promulgated a standard.

As for ecological considerations, the proposition does not take into account the degree of subjectivity and uncertainty that is inherent in any political-scientific judgment about the degree of risk or margin of safety that is appropriate. Judgments must be made and acted upon. The choice to prohibit or restrict activity must be made in the absence of absolute certainty about many factors, including: persistence and toxicity of contaminants, their synergistic and cumulative effects, latency periods for illness, ranges of susceptibility of human beings subjected to exposure, pathways of pollutants' migration, and the assimilative capacity of the environment.

The courts can play a limited salutary role in acting as a watchdog as long as the principle of parliamentary sovereignty is respected. While the courts cannot refuse to impose a conviction on the basis of harsh laws, their views can be made known through the sentencing process. However, this power should be exercised with extreme caution. There is a danger that such value-judgments can be highly idiosyncratic. It is submitted that what Stuart J. meant was that the standard had an oppressive effect in this particular case. It is unlikely that the court intended to substitute its views for the collective wisdom of the legislative arm of government, which has available to it a wider data base in establishing a standard than does the

court in applying it in a single case. Any questions about the standard itself should be expressed in sentencing only after the court has heard enough cases under the standard to be sure of its ground.

L. Prior Convictions

This factor appears to be treated no differently than in traditional criminal cases. Lack of a previous record is a mitigating factor. Conversely, subsequent offences usually attract substantially higher fines, and are a factor in determining the "worst case."[155]

M. Tax Consequences of the Fine

If pollution fines are tax-deductible, the actual impact of the fine on the offender may be much less than the court intended it to be. This factor does not appear to have been addressed as yet in any environmental case. However, the issue of deductability of fines in regulatory offences arose in *Day and Ross* v. *R.*,[156] a tax case. There the court held that $65,000 in fines incurred by a corporation for overweight trucks was tax-deductible as a business expense because the fines were incurred for the purpose of earning income, and were not outrageous transgressions of public policy. The case is discussed by Neil Brooks in "Computation of Business Income — Deductibility of Fines."[157] He examines various possible rationales for the decision, and notes that the result of the *Day and Ross* approach will be that the taxpayer will consider the tax savings in deciding whether the risk of conviction, if he commits an offence, justifies the profits. However, it appears to be Revenue Canada's practice to disallow fines as deductions.[158] In addition, there is authority contrary to *Day and Ross* v. *R.* and the decision may not stand. If it does, it may be proper for the courts to consider tax savings in assessing the size of the fine necessary to accomplish deterrence.

N. Dismissal of Employees Responsible for the Offence

A favourite submission of defence counsel is that the employee or employees responsible for the offence have been dismissed, or more cryptically, "are no longer with the company." We do not know of any case in which the courts have given effect to such submissions, perhaps because they have no way of knowing whether this change in personnel has resulted in a higher standard of corporate conduct or merely means the company has found a convenient scapegoat.

Of course, the court can attempt to determine: whether the employee was acting on his own or following instructions by receiving evidence of the lines of authority in place at the time of the offence; corporate policies and practices; the instructions

issued to the employees; the amount of training given by the company to employees; and, the appropriateness of the amount of discretion given to the employee. However, this entails serious difficulties. First, there is substantial danger of fabrication or exaggeration by company representatives, as the Crown is unlikely to be in a position to counter any such evidence except by evidence from the fired employee, which will often be unreliable or, even if it is reliable, perceived to be unreliable. Corporate responsibility, especially in large companies, is diffuse. Although people think of authority as formal and hierarchical, authority within large organizations is frequently horizontal as well as vertical, and informal as well as formal. Several departments may have been involved in the offence. The employee may have been given conflicting messages by the company. His formal instructions may have been to give environmental protection priority, but the pressures placed on him by his peers and superiors may dictate putting production first.

It cannot be over-emphasized that corporations and corporate responsibility have no objective reality. They are constructs invented to fulfil social purposes. The "directing mind and will" of the corporation, corporate "*mens rea*," the corporation as a "person" are legal fictions created to accomplish certain goals. For this reason, the approach to sentencing when this issue is raised should be a practical approach designed to achieve general and specific deterrence without excessive concern about ephemera such as placing responsibility upon a single person within the corporation. It is submitted that the approach taken by the Ontario Court of Appeal in *R.* v. *Adam Clark Co. Ltd.*[159] is the correct one when a court is faced with such issues. In a case involving charges of giving secret commissions contrary to subsection 383(3) of the *Criminal Code*, by the time of sentencing the employees who committed the act had left the company, the activity had ceased, and the company had been purchased by a new group of shareholders having no knowledge of the illegal activities. The court ruled that:

> [A]lthough the fact that the present shareholders were not involved in the commission of the offences is a relevant factor to be considered in deciding the amount of the fines, this does not obviate the need for a sentence that will act as deterrent to others and make it clear to corporations that they must properly supervise their employees in the performance of their duties.

O. Ease or Difficulty of Preventing Pollution

While there is little direct authority on point, it would seem reasonable to assume that if there are simple and inexpensive steps that could have prevented pollution, the failure to take them should be an aggravating factor. Conversely, the courts have taken into account the difficulty of controlling some pollution in certain operations, while holding that this should not be given undue weight.[160] If a company chooses to carry on difficult and hazardous activities, it must assume responsibility for them. It is submitted that where a person *knows* he is engaging in operations which are difficult to control, and fails to take all the possible steps to avoid pollution, he is even more culpable than a person carrying on less difficult activities.

He has breached a higher standard of care. Under these circumstances, knowledge of difficulty is an aggravating, rather than a mitigating factor.

P. The Social Utility of Enterprises

The value of business activities to the community is recognized, but does not justify putting profit before people. In the words of Dnieper J.:

> Our society, of course, needs the manufacturer of products made by like corporations and enterprises, yet such manufacturing cannot be done at the expense of others. The responsibility must lie upon the manufacturer to ensure that others do not pay the price of such enterprise.[161]

III. Is There a Special Approach to Sentencing in Environmental Cases?

A. Discussion

Several cases have suggested, expressly or implicitly, that sentencing in public welfare cases generally, and environmental cases specifically, requires a different approach from sentencing in criminal cases.[162] As the discussion above illustrates, there does seem to be an ambivalence in the minds of judges as to whether environmental offences are morally reprehensible, so that the sentence must express repudiation, or morally neutral, so that deterrence is the governing factor, tempered by retribution only as a restraining force. If one views negligence as morally neutral, then perhaps the sole purposes of punishment are to remove the unfair advantage the law-breaker has obtained by ignoring the rules and to deter him and others from breaking the rules. The retribution in the sense of a "punitive" sanction on top of the deterrent one would be limited or non-existent. However, is negligence in fact morally neutral, or is there instead a range of immorality from morally neutral to criminal within public welfare offences? Does carelessness with dioxin carry the same moral weight as carelessness with dust from a granary? Or to adopt Weiler's example,[163] is illegal parking in a student parking lot the same as illegal parking which blocks the emergency entrance to a hospital? Probably there is no dichotomy between offences *mala per se* and *mala prohibitum*, but a continuum of conduct in which a balance must be found in each case between the moral and the utilitarian approach. The most important distinctions do not appear to be between "criminal" offences and "regulatory" offences, but between "expressive" and "instrumental" offences, between "omission" and "commission," between "street crime" and "white-collar crimes," and between "corporate" offenders and "individual" offenders.

However, the most important differences in sentencing are practical rather than theoretical considerations that flow from factors such as the fact that most polluters are corporations rather than human beings and that the risk of pollution is inherent in many otherwise socially useful activities and can be difficult or close to impossible to control.

Pollution offences are closely analagous to white-collar corporate crime. More can be learned about the special nature of environmental offences and more useful ideas for innovative and effective sanctions can be gleaned from the literature about corporate crime than from any other source. The problems in sentencing corporations in some respects flow from the failure of the substantive law to come to grips with the special nature of corporations. Corporations can structure their affairs so that everyone and no one can be proved responsible in law. The prosecutor is often faced with the difficult decision whether to prosecute a low-level employee, a senior officer, or the corporation itself. Prosecution of each may be rendered impractical by evidentiary rules. Conviction of one may preclude conviction of the others. If both individuals and the corporation are convicted, the court may be reluctant to levy a penalty against both of them.

Effective deterrence may require conviction and penalties against both the corporation and the people within it. If the individual person alone is penalized, the corporation can hide behind the "bad apple" theory of responsibility. The corporation then has no "record" and is not subject to higher fines for subsequent offences.

If the corporation alone is convicted, this also creates problems. Occasionally, there really is a bad apple in senior management or ownership. The bad apple may move from corporation to corporation without ever attracting any personal legal responsibility. A more frequent problem is the empty corporate shell, against which a fine may be levied, but from which it cannot be collected.

Achieving an appropriate distribution of quasi criminal responsibility between corporate entities and their human "agents" will require some substantive law reform. This would alleviate some problems in sentencing. However, not all the sentencing problems that arise from dealing with corporations can be solved by creating joint and several individual-corporate liability. There is also, as Stone suggests, a need for institutional reforms to make the corporation less susceptible to being used as a tool for subordinating human values to economics and for reducing individual responsibility for antisocial actions.[164]

A second difference between traditional sentencing considerations and sentencing in environmental cases arises from the difficulty of completely eliminating some kinds of pollution.

Pollution is frequently the by-product of legitimate activities from which the public benefits. These activities cause pollution because they produce wastes, for which no perfect and infallible reduction, recycling, storage or disposal methodology yet exists.

On the one hand, the courts recognize the special importance of the fight against pollution and the need for special efforts to protect our fragile environment and restore previous damage. There is an implicit, if not explicit, recognition that although such damage is often indirect, cumulative and gradual, the long-term effects can only be prevented by halting the individual incidents that produce it.

> The fight against such pollution is not confined to this Province. It is national and international as well. It is probably one of mankind's greatest enemies and man has declared war against it by such a prohibitory and regulatory statute as the *Ontario Water Resources Commission Act*.
>
> Because of this the deterrent aspect must be taken into consideration in determining an appropriate penalty to impose upon one who offends against a prohibitory provision of that Act, not only to deter the particular offender from committing this offence against man again, but to deter others as well.[165]

On the other hand, the courts realize that this long-term potential threat must be balanced against immediate technological and economic realities, in sentencing if not in convicting.

In *R.* v. *North Vancouver*,[166] the District of North Vancouver operated a sewage pumping station adjacent to Hastings Creek, which has a salmon run. The station's system for dealing with emergency overflows was a planned temporary discharge of sewage into the creek. The pumping station was designed so that the only alternative to this would be a back-up of sewage into homes or onto streets, causing a public health hazard.

The court recognized (at page 158) that for the purpose of protecting human health, the system had been designed "to do precisely that which is prohibited by the *Fisheries Act*," that it was operated in accordance with accepted engineering practices, and that alternative technology might be unavailable or prohibitively expensive.

It suggested that where pollution results from the planned operation of an elaborate and costly system already in place, there are three sentencing options, depending on the availability of reasonable alternatives:

> 1) If there is no known technology to replace that which by its very operation violates environmental legislation, it would be absurd to impose any fine at all....
>
> 2) If there exists the possibility for a change to the system, but one which is not in general use and is, as yet, generally unproven at least in this jurisdiction, the Court should consider a penalty which will, in effect, force further investigation into that alternative or others....
>
> 3) If there exists known technology which is in widespread use elsewhere, which is within the financial capabilities of the defendant, and which has been avoided in the past on the grounds of budgetary priorities, the penalty should be substantial enough to express the Court's disapprobation and force a change in the defendant's priorities.[167]

While we have stated that there do not appear to be any fundamental differences between sentencing principles in traditional criminal cases and public welfare offences, there is a difference in emphasis which may be reflected in sentencing.

The offence based on negligence appears to lend itself more to general deterrence, to consideration of actual and potential damage, to the role of the

victim, and to a wider array of sanctions aimed at prevention and restitution or compensation.

While there appears to be no insurmountable barrier to such considerations in criminal law, the development of these considerations in offences of negligence may be accelerated by the shift in focus from *mens rea* to risk of harm as the central element of the offence. Such statements as those quoted above from the *Sault Ste. Marie* case and the statement in *Cotton Felts* that "[t]o a very large extent the enforcement of such [public welfare] statutes is achieved by fines imposed on offending corporations"[168] may provide fertile soil for more substantial and more varied penalties.

The characterization of public welfare offences as civil rather than criminal may also support procedural innovations in sentencing. It is generally recognized that where the stigma of criminality does not attach to an offence and where the liberty of the individual is not at stake, there is room for relaxation of stringent criminal procedures. Thus, for example, while in criminal cases the Crown must disclose its case but the accused may maintain absolute silence and search warrants are needed to obtain evidence, in civil matters mutual discovery and production of documents are considered unexceptionable. Similarly, the differences may justify reversals of onus in evidentiary matters that would be unacceptable in criminal cases. For example, recognizing that the complexity of corporate structure, business arrangements and pollution control systems make it impossible for the Crown to prove negligence, the Supreme Court has shifted the onus of proving reasonable care to the defendant. The same fact (that the corporation is generally the only one that has the means of proving its size and wealth, profits realized by the offence, and the costs and benefits of compliance with the statute), might support changes in sentencing procedure such as: (a) a shift in the onus of proof of ability to pay, or illegal gain, to the defendant; (b) discovery by the crown; or (c) a separate trial of the quantum issue before a different court official than the trial judge (similar to the use of a master in civil proceedings).

The characterization of public welfare offences as civil might also provide additional support to the use of the sentencing process to provide compensation or restitution to victims. The force of arguments that the criminal courts are "not a collection agency" is blunted by the characterization of these offences as "civil," since in the traditional sense of the word, civil action implies in addition to a system of righting wrongs, a method of providing redress through injunctions and damages.

In summary, in characterizing public welfare offences as civil, thus departing from criminal procedure, and importing the common law doctrine of negligence as the test of liability, the courts and the legislatures have blurred the distinction between criminal and civil responsibility. Since there is no longer any magic in these labels, both procedures and remedies should evolve on their own merits to meet the needs of the community.

Once we depart from the magic of labels, it is not far to a realization that putting the onus on the defendant, who in effect, petitions the court for clemency on

sentencing to show why he deserves it, is not to force him to incriminate himself or otherwise interfere with fundamental rights and freedoms. He has the right to remain silent, but in response the court has the right to assume he can afford to pay any amount up to the maximum fine set by statute. Similarly, the fairness of taking into account the victims in sentencing is also self-apparent in our submission. We doubt that the determinants lie in the words "civil" and "criminal," but if they do, then the characterization of environmental offences as civil supports our recommendations.

B. Conclusion

The vast majority of pollution cases which come to trial lack the dramatic elements that would attract the higher penalties. Where those elements may be present, compassion for those whose ability to pay is limited will frequently mitigate the penalty merited by the gravity of the offence. Under these circumstances, we cannot argue strongly that current levels of fines are generally unreasonable for those kinds of cases. Our conclusion is that the fines provide a reasonable degree of specific deterrence, although whether they provide general deterrence is questionable. In some cases, in fact, lower fines may even be in order, to reflect the relatively minor nature of the act.

However, the present fine structure is clearly insufficient to handle the exceptional cases: those where harm or the offending activity is ongoing and the offender will not be deterred by fines; those where the gravity of the offence is severe, but a fine reflecting the gravity would financially cripple the offender; offences by large corporations; offences involving *mens rea*; offences causing great harm; offences arising from the use of especially dangerous materials; offences where the savings or gain from the activity exceeds the statutory maximum fine; and, destruction of particularly sensitive environments.

What is needed is not the dismantling of the fine structure, which may be adequate to achieve its purpose in most cases, but the addition of tools expressly limited to these exceptional situations. While this may lack the virtue of uniformity, we submit that uniformity is not desirable for its own sake in this field. Indeed, the great disparity of penalties in environmental statutes has always reflected the wide array of variables involved.

PART II

Recommendations for Reform

IV. Fines

The public perception of pollution offences is that they are serious crimes. The courts are perceived as helping to perpetuate the problem by letting polluters off lightly.

Typical of the public's view is the recent response of the editors of one newspaper to the announcement that the Law Reform Commission of Canada is studying whether pollution-related offences should be put into the *Criminal Code*. According to the *Windsor Star*:[169]

> Where responsibility for pollution is concerned, the average citizen would probably not hesitate to demand that polluting the environment should become a crime punishable under the *Criminal Code*.
>
> Those of us who live in a place like Windsor should be able to convince anyone of the need for penalties much more severe than we have at present to control a severe and worsening problem.
>
> Most of the laws in place now call for slap-on-the-wrist penalties, fines that some polluters might consider licence fees for the right to pollute.

If the stereotyped view of pollution offences as deliberate endangerment of public health or mass destruction of the environment were accurate, there would be no question that penalties higher than the statutes call for, or the courts hand out, would be warranted. However, an analysis of the reported and unreported cases over the past decade shows clearly that the vast majority of cases that come before the courts do not fit this stereotype. Most cases do not involve large, powerful corporations, but small businesses, whose ability to pay is limited. The typical case involves an accidental discharge of a small amount of a relatively safe substance, which is cleaned up quickly and involves little or no serious harm to the environment, or to human health.

For the typical case, we cannot conclude that many of the maximum fines available under federal and provincial statutes, or the actual fines being meted out by the courts, are inadequate. In fact, in some cases the maximum fines available (not those actually imposed) may even be excessive to reflect the gravity of the typical case. The problems lie in the fact that fines alone are not adequate to deal with certain problems and the exceptional cases: those involving very wealthy offenders, and very grave offences. Our recommendations therefore focus on these issues.

A. The Problem of Disproportionately High Maximum Fines

Environmental offences fall into two broad categories: the first is the prohibition or limitation of the deposit or emission of harmful substances into the environment; the second is technical or procedural requirements such as duties to obtain permits before carrying on certain activities, reporting changes in operation, filing plans, and filling out forms. The maximum penalties for the former offences are frequently higher than those provided for the latter offences. However, this is not always so. Occasionally, technical offences are subject to the same penalties as actual pollution. In the case of both actual pollution and procedural offences, the risk imposed by violation can vary from negligible to catastrophic.

Concerning procedural offences, however, the bulk of the cases are likely to fall on the "negligible risk" end of the spectrum if there is even-handed enforcement of the laws and prosecution is not a last-resort option saved for dramatic cases. For example, under Ontario's *Environmental Protection Act, 1971*, every load of industrial liquid waste must be accompanied by a "way-bill" setting out the source of the material, the kind and amount of waste, and its destination. Failure to fill out the form properly or to send a copy to the Ministry of the Environment is an offence.[170] The maximum fine for failure to do so is $2000, the same as for any other offence involving illegal transportation or disposal of waste. The cause of an offence can range from forgetting to fill in a form, even though the material was handled safely and in accordance with all other rules and regulations, to a deliberate and elaborate scheme to transport and dispose of toxic wastes illegally or to defraud customers. In cases which involve no *mens rea* and no actual danger, it would be unreasonable to expect the courts to impose a substantial fine; yet one might want to have this maximum, or one even higher, available for the serious offences.

In a previous Paper,[171] one of the authors has suggested that high maximum fines for offences which frequently involve little or no risk are actually counter-productive. Even though it is unlikely that a court will feel it necessary to impose a fine higher than the offence merits or the offender can pay merely because the maximum is so high, the fear of this possibility may deter enforcement officials from pursuing relatively minor incidents, or may cause the defendant to conclude that he has no alternative but to fight the charge. Moreover, when the prosecution results in low fines which reflect neither the high cost of investigation and prosecution nor the maximum fine available, this fuels the public perception that courts are lax and enforcement agencies incompetent.

The solution, it is submitted, does not lie in lowering the statutory maximum, which should remain available for the most serious examples of the offence, but rather in creating two or more procedural streams, as does the *Criminal Code*. The maximum fine available under the circumstances of the case would depend upon the procedure chosen by the prosecutor.

At present, one federal statute, the *Environmental Contaminants Act*, gives the Crown the option of proceeding on indictment or by summary conviction. Ontario's new *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1980, Chap. 400, represents an attempt to accomplish this at the provincial level. It allows the prosecutor to differentiate

between more and less serious violations without depriving the defendant of a full trial on the merits, at his option. The Act creates two procedural streams, one intended for minor violations and the other for major ones. Either may be used for the same offence. It is the gravity of the conduct giving rise to the prosecution, rather than the gravity of the offence itself, which determines whether the technicalities of a formal procedure are necessary, or whether simpler, more expeditious procedures are appropriate.

Where the enforcement officer seeks a penalty of under $300 he can issue a ticket to the offender on the spot identifying the offence by an approved short form of wording such as "emit black smoke." This saves the resources required to draft and swear to an information and serve a summons. The defendant can appear in court at any time within a prescribed time period or send in a written explanation of his conduct, without the need to set a specific trial date and present oral evidence at trial. However, he may have a full trial if he wishes.

Where the ticket is used, a set fine is established by regulation, which can be any amount up to $300. Set fines have been established for several offences that generally involve limited potential harm or risk, such as improper operation of septic systems, improper installation of toilet facilities on recreational boats, littering, and disconnecting pollution abatement equipment on cars. The fines are generally either $75 or $150.

For violations the Crown considers too serious for a set fine, but not serious enough to warrant fines in the upper range available, a summons can be issued instead of a ticket. The penalty is still limited to a maximum of $300, but there is no set fine. The procedure is still less onerous than if the alleged offender were subject to the full range of penalties, but the offender must appear in court to answer the charge and the Crown can argue for a fine of up to $300.

If the enforcement officer feels a higher penalty is desirable or the Crown later decides to seek a greater penalty than the defendant has been notified of, a more formal procedure will be used. The complainant swears an information, and a summons or warrant is issued to bring the defendant before the court.

This system has the merit of flexibility. Lower fines can be sought in less serious incidents without forfeiting the availability of higher fines for more serious cases. By making it easier for field staff to lay charges for minor violations and more palatable for offenders to plead guilty with the assurance that the fine will be commensurate with the gravity of the offence and their ability to pay, the dual stream approach may result in more convictions, fairer penalties and greater overall deterrence.

B. Raising Statutory Maximum Fines That Are Exceptionally Low

While we will suggest below that an across-the-board increase in maximum penalties may not be desirable, a survey of the penalties now available reveals a wide discrepancy among the maximum penalties for similar offences under different statutes. A few maximum penalties stand out as being disproportionately low, and

should probably be raised. These penalties tend to be low either because they reflect the historical realities of their time and have not been updated, or because they are for technical offences which we now realize can have much more serious effects than were contemplated at the time they were established.

Federal penalties for a first offence of polluting range from the $300 maximum under the *Migratory Birds Convention Act* (R.S.C. 1970, c. M-12, s. 12(1)) to $200,000 under the *Clean Air Act* (S.C. 1970-71-72, c. 47, s. 33(1)). Provincially, the maximum fines range from $50 in some Newfoundland[172] environmental protection statutes to $5,000 in Ontario,[173] Nova Scotia[174] and Québec[175] legislation.

Other forms of environmental degradation also bring unjustifiably low fines in certain cases. For example, in Ontario, fines for injury or destruction of trees and woodlots range from statutes providing a maximum fine of $20[176] to others providing for up to $5,000.[177] In 1979, the *Trees Act* was amended to raise the fine for destroying woodlots from $500 to $5,000. The fine for cutting down a tree on a boundary line without the consent of both property owners was raised from $25 to $1,000. The former level had been set in 1883 and had not been raised in ninety-six years. Fines under most forestry statutes have not been revised and remain a licence to cut.[178]

The fines for certain technical violations also bear close scrutiny. For example, while the penalty for polluting under the *Ontario Water Resources Act* (R.S.O. 1980, c. 361, s. 16(1)) is $5,000, the Act also creates a number of technical offences which have potential pollution consequences but carry much lower fines: for example, $200 for failure to obey an order to treat sewage adequately or for ignoring an order to cease discharging that interferes with the proper operation of a sewage-works;[179] $500 for failure to comply with an order properly to maintain sewage-works;[180] and $2,000 for the establishment or extension of a sewage-works without approval.[181]

Waste management offences are a classic example of "technical" offences whose serious consequences were not fully appreciated at the time penalties were established. Most provisions were passed with relatively innocuous solid domestic waste and construction rubble in mind. Operating a waste disposal site without a permit carries smaller penalties than offences of discharging or emitting contaminants. In light of situations like Love Canal, we now know that dumping toxic chemicals in unlicenced sites whose existence is unknown to government officials and land developers can create serious environmental and public health problems decades later. Yet in most provinces, operating an illegal waste disposal site remains subject to the same low penalties that were set a decade ago.[182]

For those federal and provincial statutes which contain anomalous low penalties, we would recommend that consideration be given to raising the limits. In the case of technical offences, penalties should be re-evaluated in light of current knowledge of the risk and potential damage associated with them. Prosecution for technical offences can be an effective way of deterring potentially dangerous behaviour in the absence of sufficient evidence to prove actual pollution or a high probability of harm, provided that penalties are sufficiently high.

Two approaches to increasing the relatively low penalties for technical offences have some merit. One is to raise maximum fine levels generally, with provisions for two procedural streams: one leading to a lower ceiling in cases involving no real potential for harm; and the other making the offender subject to the higher range. The alternative approach, which will be discussed below, is to leave the present fine structure in place, but provide for penalties beyond the usual maximum under specified circumstances, such as a substantial risk of harm.

There is a potential disadvantage to raising fine levels for technical offences which should be considered in each case. While the courts, in light of the *Sault Ste. Marie* decision, have interpreted offences of discharging or emitting pollutants as strict liability offences, especially in light of the high fines they carry, they have tended to construe technical offences such as failure to obtain permits and failure to report pollution as absolute liability offences. Since one of the factors the courts take into account in classifying offences is the size of the fine, especially in relation to the Act as a whole,[183] raising the penalty limits could result in loss of any benefits that accrue to the prosecutor from having these offences construed as absolute rather than strict liability.

C. Raising Maximum Fines Generally

As we have stated, a common public perception is that the maximum fines available to the courts are too low to provide deterrence, and should be raised. In our view, however, this may not be the case. The $5,000 maximum available in Ontario, Nova Scotia, and Québec appears to be adequate to reflect the gravity of the average case and the means of most individual persons and many small corporations. The courts appear comfortable with these levels and generally impose fines well below the maximum. Where they wish to impose higher sentences, the opportunity is often available to them, as there is often a conviction on more than one count. The fact that conviction on several counts frequently leads to a fine within the maximum for a single offence distributed among the counts rather than a higher fine than could be imposed for a single count appears to indicate that the courts are not looking for a way to increase quantum. On the other hand, under federal statutes where maximum fines have been raised from $5,000 to $50,000 or more,[184] or where the statute was passed in the last few years and has carried large maximum fines from the outset,[185] we do see courts occasionally imposing much higher fines, both for individual counts and in total where there is more than one charge.[186]

There are two options for raising maximum fines. The first option is an across-the-board higher ceiling available in respect to all offences and all offenders, as the federal government has done with its statutes. The second is to maintain existing maximum fines for the "average" case, and supplement this base with special provisions for the exceptional cases. These provisions might include higher fines for larger corporations, for continuing offences, and for subsequent offences. In cases involving specified aggravating factors, greater access could be given to non-monetary penalties such as imprisonment, forfeiture, supervision by the court of

future activities, restitution, and compensation. These non-monetary tools will be discussed below. Here we will restrict our discussion to options involving different levels of fine.

The simplest approach is to raise the maximum fine, leaving the courts with a wider range with which to work. The disadvantage of across-the-board higher ceilings is that they run the risk of being empty symbolic gestures because the upper ranges will rarely be utilized. Unless they result in commensurate across-the-board higher fines, the gap between the symbolic maximum and the actual fine may become even greater than it is now. To the extent that the problem of "low fines" is one of public perception rather than reality, such discrepancies could exacerbate rather than solve the problem.

To test whether higher potential fines would result in generally higher fines in the average case, one could monitor the results of changing the maximum fine in the *Fisheries Act*, one of the most frequently enforced environmental laws. In 1977 several penalty provisions were increased. Notably, the fine for violating subsection 33(2), the general pollution prohibition, was increased from $5,000 to $50,000 for a first offence and $100,000 for subsequent offences.

If raising the ceiling for all offences is the most appropriate approach, one would expect to find not only an increase in the median, but a corresponding increase in the mean fine. If the mean fine has not increased at least substantially, if not proportionately, one would have to question the effectiveness of wholesale increases in the potential fine.

In fact, while there are a few dramatic examples of very high fines, most fines are still clustered in the low figures. Of thirty-eight convictions registered under section 33 of the *Fisheries Act* between the beginning of 1978 and the end of 1983, only eight resulted in fines of over $5,000.[187] It would appear that raising the maximum has resulted in a slight upward pressure on fines generally, and has freed the courts to impose very high fines in isolated cases, but the vast majority of fines remain at the bottom end of the spectrum.

In our view, the same result can be achieved using a more selective approach. As we have stated, the typical pollution offence that comes before the courts involves an offender of limited means, is accidental, and causes little or no serious harm. It is often an isolated event unlikely to recur. However, if it is a continuing offence, often the pollution is inherent in the manufacturing process and it is prohibitively expensive to remove. In that case, fines, no matter how high, will not be an effective deterrent. Often the offence has been preceded by large expenditures to improve operations, and has been followed by prompt and costly clean-up and remedial measures. Under such circumstances, a maximum fine such as the $5,000 in the statutes of several provinces is often an adequate ceiling.

We suggest that the most effective (but far more complex) approach to raising fines, therefore, is to isolate the factors which make offences or offenders exceptional, and to create higher fines for cases involving these factors. As we have suggested, these factors include the *mens rea* of the offender, the wealth of the offender, persistence or recalcitrance, the sensitivity of the environment, the degree of risk associated with his activity, the degree of harm potentially associated with the

contaminant he releases, the severity of the harm that actually occurs, and the realization of a financial benefit from the offence which exceeds the maximum fine available.

There are several methods of raising fine levels selectively that are already in use. One of the most common is to deem each day on which an offence occurs or continues to be subject to a separate fine up to the maximum provided for a single offence. There is such a provision in almost every provincial and federal environmental protection statute.[188] A second, somewhat less common method is provision for a higher fine for subsequent offences.[189] Typically, the potential fine for a second offence is approximately twice as high as for the first. Except where the maximum fine for a first offence is already very high, such as the five- and six-figure penalties in federal statutes, we would recommend that statutes be amended to provide higher maximum fines for subsequent offences. We would also recommend that statutes which do not deem each day to be a separate offence be amended to include such a provision.

Care should be taken in trying to treat an offence as being subject to separate penalties or in seeking a higher penalty for a subsequent offence. Whether separate charges must be laid for each day to trigger the former remedy may depend on the precise wording of each statute.[190] With respect to escalated penalties for subsequent offences, while the *Criminal Code* specifies that notice must be given to the defendant, there is no such provision in many other statutes. In both instances, however, a strong argument might be made that fairness to the defendant and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* require notification of any such intention.

D. Establishing Minimum Fines

As we have suggested, the maximum fines available may be generally adequate if the courts are not hamstrung by inappropriate criteria which build in a bias toward the minimum figure. If the concern is that the fines being imposed are too low in relation to the maximum, this tendency can be reduced by creating a statutory minimum fine. Very few statutes provide for this.[191]

Parliament and the legislatures have been reluctant to fetter the discretion of the courts by imposing minimum fines. This reluctance is probably well justified. The circumstances vary so greatly that no fixed formula can ensure that justice is done. To avoid harsh results, the court must be in a position to give full weight to mitigating factors and take into account ability to pay.

Moreover, safeguards against unjustifiably low sentences exist in the form of sentencing principles the court must take into account: general deterrence, the range of fines in similar cases, and the proposition that a fine should not be so low as to constitute a licence.

Nevertheless, sentence appeals by the Crown are costly and time-consuming. The lack of any floor on fines may deter enforcement officials from prosecuting in

the first place, if they feel that too many suspended sentences or nominal fines are being handed out for a particular offence.[192] Minimum fines can provide greater certainty that the gravity of an offence will receive substantial weight in each case.

There are ways to impose statutory minimum sentences without hamstringing the courts' desire to give exceptional cases individual treatment. The first is to impose a minimum fine for all offenders with provision for relief in exceptional cases. This is the approach taken in Ontario's *Provincial Offences Act*, which gives courts the power, in exceptional circumstances, to relieve against minimum penalties set by the legislature. According to the government:

> This is not intended to allow courts to overrule the Legislature's view of the gravity of an offence, but merely to provide for those exceptional cases where imposition of the minimum penalty would amount to oppression of, for example, a fixed income pensioner.[193]

The second approach is to provide for minimum sentences only under specified exceptional circumstances such as the ones suggested above. Recent amendments to Ontario's *Environmental Protection Act* use the handling of particularly hazardous materials, coupled with actual risk of certain injuries, as the triggering mechanism for a minimum fine.

> 147. — (1) Where any person is convicted of an offence under this Act or the regulations or under subsection 16(1) of the *Ontario Water Resources Act* in respect of hauled liquid industrial waste or hazardous waste as designated in the regulations relating to Part V of this Act and the action or failure to act for which the person is convicted results or may result in,
>
> (*a*) impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it;
>
> (*b*) injury or damage to property or to plant or animal life;
>
> (*c*) harm or material discomfort to any person;
>
> (*d*) an adverse effect on the health of any person;
>
> (*e*) impairment of the safety of any person;
>
> (*f*) rendering any property or plant or animal life unfit for use by man;
>
> (*g*) loss of enjoyment of normal use of property; or
>
> (*h*) interference with the normal conduct of business, the person is liable to a fine of not less than $2,000 and not more than $25,000 for the first offence and for each subsequent offence to a fine of not less than $4,000 and not more than $50,000 for every day or part thereof upon which the offence occurs or continues, and not as provided in the section under which the person is convicted.

Québec takes a similar approach. The *Environment Quality Act* authorizes the government to make regulations establishing different minimum fines for different offences and provides in addition that "penalties may be prescribed in a manner allowing them to vary according to the degree of the infringement of the standards."[194]

E. Raising Minimum or Maximum Fines for Corporations

The very wealthy present special problems in sentencing. The major problem is that the vast majority of fines available under environmental statutes are too low to have any financial impact on them or to deter their peers from committing offences. The very wealthy invariably carry on their business through corporations. Therefore, a simple and expedient approach to solving this problem is to impose higher maximum fines on corporations. This approach appears to have popular appeal, since many provinces have a higher fine structure for corporations; for example, Québec, where both minimum and maximum fines are higher for corporations and the government has the power to prescribe fines up to four times as high for corporations.

However, while the wealthy often operate corporations, not all corporations are wealthy. Therefore, it might be argued that to discriminate on the basis of a "deep pocket" assumption is invidious. Whether a provision for higher fines for corporations is discriminatory depends upon whether the assumption that corporations are generally richer than non-incorporated businesses is correct. As we have pointed out, most corporations are "small." However, it is likely that even small corporations are usually wealthier than unincorporated businesses, since incorporation only becomes attractive once entrepreneurs are obtaining sufficient income for themselves that they have a surplus to retain in the business. Conversely, at any given time, an unincorporated business may be profitable, while a corporation down the block may be losing money. The reason the assumption that corporations are wealthier than sole proprietorships and partnerships is impossible to verify is that this is comparing apples and oranges — the means of natural persons and the means of artificial constructs. As we have stated, when dealing with such an artificial construct, the answers lie more in pragmatism than in theoretical considerations. If the comparison is invidious, the question is whether expediency justifies this discrimination.

The problem of differentiating between rich and poor corporations is compounded by evidentiary difficulties in determining the real wealth of a corporation. It is possible for the proprietors of a corporation to manipulate figures on paper and transfer actual dollars to increase or decrease profitability and net worth to suit their ends, particularly when the corporation is interlocked with others under the same or overlapping ownership. The manipulation is not necessarily fraudulent. The very purpose of corporations is to minimize the risks to the individual owners and provide them with a vehicle for risk taking and business expansion. Corporations will often carry a greater debt load, making them less "wealthy" than individuals, if one looks only at assets and liabilities.

We have recommended against raising maximum fines generally just to reflect the circumstances of a small percentage of wealthy offenders. If fines are to reflect ability to pay, therefore, corporations must be given special treatment. This can be done without blatant discrimination or harsh results to small corporations in a number of ways:

1. By making only corporations over a certain size subject to the higher penalties. The court would be directed to determine the size by looking at specific factors such as assets, liquidity, and net profit in the last year for which data is available or over a number of years.

2. There might be several maximum fines referable to corporations of different sizes.

3. All corporations might be subject to higher fines, but this presumption that the corporation is wealthier than individuals generally are, would be rebuttable. There would be reversal of onus, so that the corporation can show that it should not fall within the higher maximum set for corporations, but it would carry the burden of proving that it is not wealthy.

4. There may be a need to lift the corporate veil to find out the wealth of the individuals who control the corporation and other corporations under their control.

5. Rather than mentioning corporations specifically, legislation may provide for a minimum fine or a higher maximum, or a series of ascending limits, when the wealth of an offender exceeds certain limits. This is consistent with the approach we have suggested of isolating specific factors which should lead to higher sentences.

A most attractive alternative, although it would involve a radical departure from current sentencing methods and considerable administrative complexity, is the Scandinavian "day-fine."[195] The court would determine how many days' income an offender should be fined. If an offender dumped contaminants for three days in an attempt to maintain or increase production, it could be deprived of three days' profit. For an individual, this might mean a fine of a few hundred dollars, for a small company, a few thousand, and for a large company, tens or hundreds of thousands. The income might be the basic fine with an ability to increase or decrease the fine depending on aggravating or mitigating circumstances. The day-fine might be an excellent way to take into account disparity in income and tailor the fine to the offender's means, without building into the system any *a priori* discrimination between incorporated and unincorporated businesses.

While in theory singling out corporations for higher fines may be inherently discriminatory, the dangers of unfair treatment are negligible in practice. As long as there are no minimum fines or the courts have the power to grant relief from minimum fines and take into account ability to pay in relation to maximum fines, a dual fine structure should create no hardship.

Underlying this discussion is the nagging question, should large corporations have to pay higher fines just because they can afford them? Or should the size of the fine be determined solely by the gravity of the offence? This kind of question throws into sharp relief the issues of general deterrence versus specific deterrence and deterrence versus retribution in its various aspects. Our answer is that the courts have generally come to the right conclusion in principle. Although concern for the gravity of the offence should act as a damper on rampant utilitarianism, deterrence should still play an important part in almost every sentence. There can be no deterrence value in sentencing large corporations if the courts can fine them no more

than smaller businesses can afford to pay. This approach is also supported by the fact that corporations generally have greater capacity than individuals, and large corporations have greater opportunity than small corporations, to harm the environment. (In fact, when one thinks of the major pollution incidents of the past three decades, in almost every case a large corporation was responsible.) We have also suggested that the higher the standard of care, the greater the penalty should be for substandard conduct. Not only do corporations have more money to pay fines and more opportunities to cause harm, they also have greater resources at their disposal to prevent accidents, and a correspondingly higher standard of care can be demanded by society.

A second difficulty in sentencing corporations is that they cannot be imprisoned. Several statutes provide for imprisonment in addition to, or instead of, a fine, or in default of payment. To the extent that a higher fine for corporations reflects this absence of an opportunity for imprisonment, it is not discriminatory. It does not treat corporations worse than individuals but merely removes or reduces an advantage they would have over human beings. We feel that a different fine structure for corporations is justified whenever they would otherwise be subject to imprisonment. However, there must be safeguards to ensure that if this immunity from imprisonment is the only reason for the higher limit, the court enters the higher range only when it would otherwise be considering imprisonment. Guidelines can easily accomplish this.

F. Imposing Minimum Fines or Higher Maximum Fines under Specified Special Circumstances

Imposing higher maximum or minimum fines under special circumstances is the preferred solution to the problem of inadequate fines. It is the approach Québec and Ontario have taken in a very limited and tentative way in section 109 of the *Environment Quality Act* and section 147 of the *Environmental Protection Act* respectively. The factors that may trigger greater liability will be controversial. Should the mental state of the offender be taken into account? Should actual damage be the test or the degree of risk? Our previous analysis suggests answers to these questions, with which not everyone will agree. We believe that all the factors we have looked at which take cases out of the "average case" category should trigger greater liability — factors such as wealth, any *mens rea* greater than mere negligence, special environmental sensitivity, hazardousness of materials, risk inherent in the activity, additional risk imposed by the way the activity is carried on, the magnitude of potential damage, the existence of actual damage, financial benefit from wrongdoing, and prolongation of risk.

V. Penalties Other than Fines

Even if all the recommendations we have made were implemented, they would not adequately address some problems in sentencing. Fines alone are not adequate tools to deal with problems of extreme wealth, inability to pay, recalcitrance, or offences of great opprobrium. The exceptional cases will require additional remedies. Nor are fines applied where they are most needed: in environmental clean-up or restoration, to compensate victims, or to reduce the costs of effective enforcement. Other techniques should be made more readily available to the courts.

As we have stated, the true goal of environmental legislation is protection of the public through prevention. Fisse states that "a punitive approach to corporate responsibility is often out of touch with the aim of prevention ...." He goes on to point out that:

> A constructive approach to prevention might be achieved by means of conditions accompanying bonds, probation, or suspended sentences. But usually only fleeting thought appears to have been given to the application of these methods to corporations. Texts on sentencing generally ignore corporate offenders, and relevant legislation is often framed so as to be inapplicable ....[196]

The Law Reform Commission confirms in its discussions of corporate criminality that "heavy reliance on fines is not the answer" and that there is a need to develop and use innovative methods of sanctioning corporations.[197] The literature on white-collar crime is replete with suggestions for reform which may be useful in the environmental context. These ideas include: making companies pay for publicity about their convictions; requiring them to inform shareholders of offences; barring individuals who misuse the corporate form from incorporating businesses or being officers or directors of corporations; community service orders; compensation and restitution; court orders making offenders forfeit property used in the offence; forfeiture of all profits made from the offence; forfeiture of licences; permits and approvals; orders to do something or cease doing something; and, making executives and officers of corporations personally liable for offences committed by the corporation. The balance of this Paper focusses on a few of these alternatives, particularly ones which already have some precedent in the Canadian legal system. We examine the extent to which such innovative methods are possible under existing law concerning probation, compensation, and peace bonds and the extent to which law reform is needed to make such techniques possible.

While the goals sought to be achieved by innovative methods are the same as those enunciated under general sentencing objectives, it is possible at this point to isolate some more specific objectives. Retribution for the harm done to the community can be accomplished in two concrete ways: by ordering the offender to redress the injury it caused through payment of compensation to those affected and restoration of the environment, and by ensuring that the offender does not benefit from its illegal gains. Deterrence can be accomplished by ensuring that the inability of an offender to pay a substantial fine does not result in his escaping punishment, and by ordering the offender to conduct its operation so as to minimize the

possibility of a repetition of the offence or of a commission of further offences. It is in the context of these specific purposes that the provisions mentioned will be examined.

A. Forfeiture of Property

Very few environmental statutes provide for forfeiture of equipment or vehicles used in committing offences. Recent amendments to Ontario's *Environmental Protection Act* provide for seizure of the permit and licence plates of any vehicle suspected of being used in the commission of an offence involving hauled liquid industrial waste or hazardous waste in circumstances involving risk of harm to the environment.[198]

If the owner of the vehicle is convicted of such an offence, the court may order the suspension of the permit and the detention of the plates for up to five years, provided that the court is satisfied that the continued use of the vehicle is likely to result in further harm, and provided that the Crown has given notice that it intends to seek this penalty.

Forfeiture provisions are not common in environmental statutes,[199] but they exist in other Canadian statutes.[200] They are seldom used.[201] In some circumstances they can be very appropriate; for example, forfeiture of an expensive rifle by a recreational hunter who has violated game laws. However, they can also be Draconian. Seizure of a fisherman's boat or a trucker's vehicle has the potential to deprive him of his livelihood. Forfeiture would seldom accomplish anything that cannot be accomplished by less drastic means.

However, forfeiture provisions may have some value in limited circumstances where all other means fail to stop continuing offences. For corporations, which cannot be imprisoned, depriving them of their means of operating may be the equivalent of incarcerating a human being who is a frequent offender.

If the corporation is a shell with no assets, and perhaps only rented equipment, which ignores orders and does not pay fines, forfeiture of equipment could provide an inexpensive, rapid way of obtaining compliance. The advantages of incorporating forfeiture powers in sentencing proceedings over the use of other tools available to enforcement agencies such as separate proceedings for injunctions, orders, and contempt proceedings, are procedural, but procedure is often the determinant of whether it is practical to take prompt and effective action.

B. Suspension or Revocation of Licences, Permits and Other Privileges

Environmental enforcement agencies generally have powers, subject to complex procedural requirements and hearings, to suspend or revoke licences and permits on grounds set out in the statute. Allowing the sentencing court to bypass these procedural safeguards has obvious dangers. The issues are largely the same as arise

in respect to forfeiture of physical objects, except that suspension of a permit does not have the same ability to incapacitate operations.

The availability of this remedy must be restricted to narrow circumstances. Nevertheless, it may be a useful adjunct to the fine and other common remedies in cases of recalcitrance or urgency. The Ontario *Provincial Offences Act* makes provision for this remedy in default of payment of fines. Its most obvious value in that province is to provide an effective and inexpensive way of dealing with large volumes of unpaid fines for traffic violations by refusing to renew drivers' licences.

C. Imprisonment

There has been a growing consensus in recent years that imprisonment in criminal cases is costly to society, is often ineffective as a deterrent or as a method of rehabilitation, is degrading to the person imprisoned, punitive to his family, and may even increase the possibility of recidivism. Nevertheless, we continue to rely heavily on incarceration in criminal cases. This is partly because the police, the community, and the courts have not yet been furnished with alternative sanctions which show promise, such as diversion, community-run "neighbourhood" tribunals, and community service orders and work orders. However, our reliance on incarceration also flows from the fact that we have not found and are unlikely to find any alternative that adequately expresses society's repudiation of certain very serious conduct, incapacitates very dangerous offenders, or has any effect on recalcitrant offenders. These criticisms do not go to the basic legitimacy of the idea of imprisonment, but to the way in which it is used and the extent to which the justice system relies on it. While everyone hopes the incidence of incarceration can be greatly reduced, it can never be completely eliminated. We do not disagree with the efforts of the federal Minister of Justice to reduce the use of imprisonment in criminal cases,[202] where it may well be overutilized; however, in regulatory offences imprisonment is underutilized.

There is a need for an incarceration option in environmental cases. There are situations in which, for various reasons, no other sanction will suffice; for example, in the *Krey* case, *supra*, note 20, where a serious offence was committed by a foreign national, who might avoid any other sanction by leaving the jurisdiction. While imprisonment may not be effective for the "expressive" offence, or for the offender driven by some psychological flaw or already alienated from the mainstream values of society, it may be a particularly effective sanction for the rational, calculating offender, who can be influenced by general standards of behaviour to which are attached threats of penalties. As Weiler points out, "[t]he average member of our middle-class feels an abhorrence for even short-term imprisonment — almost akin to a moral leper colony — which is far out of line with the actual deprivations it entails."[203] For this reason, we feel the courts should have the ability to incarcerate offenders in environmental cases.

Some environmental statutes provide for a term of imprisonment, usually less than six months, in addition to, or instead of, a fine.[204] Most statutes, however, make

no provision for incarceration, except in default of payment of a fine.[205] In general, imprisonment is not an appropriate remedy for offences of negligence. However, there are situations in which the ability of the court to impose an appropriate sentence is fettered by the lack of an incarceration option. This is the case when the offence is so grave that a fine cannot adequately reflect the opprobrium associated with it, or the level of fine that will demonstrate this opprobrium or provide deterrence is beyond the defendant's ability to pay.

For example, let us say that Mr. Rudsky is a young self-employed small businessman supporting a family on a very low income.[206] He has no significant assets except for his truck, which is crucial to his business. As part of a business transaction he finds himself in possession of a veritable witches' brew: dozens of drums and bags of toxic chemicals for which he has no use. Because of the lack of suitable, nearby, inexpensive disposal or treatment facilities, he decides to dispose of them himself. Under cover of darkness, he dumps the chemicals in an open field adjacent to a lake which supplies drinking water to a small community. Because of the topography of the area, it will take only a normal rainfall to wash the material into the lake. Children have free access to the area and frequent it. Fortunately, the chemicals are discovered the following morning and the owner of the land arranges and pays for their removal at a cost of $2,000. Several workers removing the material become ill as a result of their exposure to the chemicals.[207]

The gravity of the offence clearly requires an exceptionally heavy penalty, but Mr. Rudsky's ability to pay a substantial fine is severely restricted. The maximum fine is $25,000 and the legislation provides for a minimum of $2,000 in the circumstances. Any fine of $2,000 however, will punish Mr. Rudsky's family more than it will punish him. Some statutes provide for forfeiture of vehicles used in the commission of an offence. Even if this penalty were available, seizure of Mr. Rudsky's truck would be tantamount to depriving him of his livelihood. The court's only viable options are to impose a fine too low to reflect the gravity of the offence or to impose a high fine and fail to ensure that it is paid, or to imprison the offender, not for the gravity of his offence, but for his inability to pay the fine.

In such cases, imprisonment as a first resort is an obvious choice. One might argue that providing for imprisonment under such circumstances is to impose cruel or unusual punishment on a person because of his poverty. However, the counter-argument is that a person should not be able to derive a special benefit from his poverty. The imprisonment option, we submit, does not impose an additional burden on the offender as a result of his poverty, but merely removes a special advantage which, as a result of his poverty, he has over others who commit equally serious offences. A short term of imprisonment, for example a few days, could underline the seriousness of the offence without imposing a severe financial burden on the offender or his family.

There are three options for reform. The first is to provide for imprisonment in default of payment of fines. The court can then impose on Mr. Rudsky a fine which reflects the gravity of the offence but which it knows he cannot pay. He will then pay what he can and "pay" the rest in time spent imprisoned. This is distasteful and smacks of a return to the debtors' prison. It has been frowned upon judicially, and

the arguments against it are canvassed eloquently by the Law Reform Commission[208] and in Mr. Ruby's text.[209]

The second and third options are to provide specifically either for terms of imprisonment to be imposed instead of a fine in specified circumstances, or for a term of imprisonment to be imposed in combination with a fine. These options, particularly the second, are more attractive. The assumption is that the impact of imprisonment on the individual is so severe that a very short term of imprisonment is equivalent to a much higher fine than the income foregone during imprisonment. Thus, to punish effectively and deter the offender, avoid the trivialization of the offence by a small fine, and communicate to the general public the opprobrium the court felt towards the offence, the imprisonment need not be so long as to cause severe financial deprivation. Even a few days in prison, in addition to a fine within the defendant's ability to pay, might be sufficient to make the point to the offender and others who might be tempted to take the risk.[210]

D. Orders to Take Specific Action or Refrain from Conduct

To describe the variety of orders a court might need to make for adequately protecting the environment, we will refer to the various powers contemplated as "supervisory powers." It is apparent that clearer powers should be given to the court to supervise future behaviour.

Sentencing is generally retrospective and the courts are severely restricted in their ability to take a prospective or future-oriented approach to sentencing. The person is being punished for the offence he has already committed, not for offences he might commit in future. It is important to limit the power of judges to take into account factors that may be extraneous, and it is central to the criminal law power that people be punished for their actions and their attempts, and not for their thoughts or future intentions. However, these concerns must be balanced against the fact that public welfare offences are preventive.[211] They are future-oriented in the sense that they are intended not primarily to punish accomplished damage to health or well-being but to anticipate and prevent it. To be successful in accomplishing these goals, the judges must be able to carry this philosophy forward into the sentencing process.

There are some cases where an offender is so wealthy that the highest fine available may only act as a licence to pollute, or so impoverished that the threat of a monetary penalty has no deterrent value. Imprisonment may not be an available option. In such cases, the courts are at a loss to fashion an effective sentence.

In one case, Mr. Garbano had used his property as a dump for garbage.[212] This was unsightly and was attracting insect disease vectors, resulting in a public health hazard. Mr. Garbano refused to remove the garbage. He represented himself at trial. He boasted that he could spare the time to represent himself as his wife could operate his business in his absence, and that if convicted he would appeal and represent himself again. Legal fees and time, therefore, represented no deterrent to him. The Crown had reason to believe he would default if a substantial fine were

imposed. Of course, imprisonment or execution of the fine as a judgment debt were available in default of payment, but by the time the courts invoked these remedies — if ever — the problem would have persisted for months or years, and perhaps worsened, as garbage dumps gradually generate leachate, which eventually could contaminate nearby watercourses.

In short, the Crown had reason to believe the risk to the environment would continue notwithstanding conviction, and advised the court of this, leaving it to the court to devise an appropriate remedy.

The court's solution was Solomonic, but probably beyond its powers.[213] It adjourned the sentencing to a fixed date several months away, advising the defendant that the sentence to be imposed at that time would depend upon the report by the prosecuting agency, the Ministry of the Environment, which would state the extent to which the property had been cleaned up to its satisfaction.

Nothing happened until one week before the sentence was to be imposed. A massive clean-up began and was substantially completed by the date set for sentencing. Mr. Garbano was then given a suspended sentence and placed on probation for one year to discourage him from repeating the offence.

The defendant was convicted in Ontario, where the environmental statutes do not give the courts any supervisory powers on sentencing. One must look to the probation sections of the *Provincial Offences Act* (R.S.O. 1980, c. 400) (POA) for the court's supervisory powers. The kinds of powers that would be useful would include powers to order a defendant to clean up or restore the environment, to cease operating in a manner or in a location which would inevitably result in harm or nuisance, to inform the Ministry of the Environment of changes in operation or location, and to apply for a certificate of approval (permit) for his operations if requested by the Ministry.

Section 71 of the POA provides for suspension of fines, subject to the performance of a condition. However, this applies only where a specific Act provides for this. None of the Ontario legislation makes provision for this. Moreover, under this section, the period of suspension may be not more than one year. This would be a relatively short time to prohibit someone from carrying on polluting activities, and therefore, amendments to the environmental statutes to provide for this would be useful, but their utility would be somewhat restricted by this time-limit.

Section 72 of the POA provides for a probation order for up to two years. In addition, it provides that probation is not merely an alternative to a fine, but that both a fine and probation may be imposed. However, this section does not appear to give a court the power to impose the kinds of conditions mentioned above.

The section does provide that a probation order shall be deemed to contain a condition that the defendant not commit the same or any related or similar offence. However, this would not appear to give a court the power to order the cessation of the activity that is likely to result in an offence, but only to bring the defendant back before the court for further punishment on the first offence if subsequently convicted of another offence.

In some other provinces, provincial summary conviction procedure legislation incorporates the probation provisions of the *Criminal Code*. For example, the applicable provision in Saskatchewan is *The Summary Offences Procedure Act* (R.S.S. 1978, c. S-63). Under subsection 3(2) of this Act, Part XXIV of the *Criminal Code* is applied to provincial summary proceedings. Since Part XXIV incorporates the probation provisions of the *Code*, probation orders can be made in provincial environmental offences.

The *Criminal Code* provisions are broader than the Ontario legislation and potentially more useful in environmental cases arising under these provincial statutes or the *Criminal Code* itself. Section 663 sets out the uses of probation a court may make. The key conditions a court may impose are that the defendant be of good behaviour and "such other reasonable conditions as the court considers desirable for securing the good conduct of the accused and for preventing a repetition by him of the same offence or the commission of other offences." The power to order restitution is also potentially important and will be discussed under a separate heading.

(1) Good Behaviour

Every probation order is deemed by subsection 663(1) of the *Criminal Code* to contain a condition that the accused shall keep the peace and be of good behaviour. A person who pollutes while on probation could be found not to be of good behaviour. It is not necessary under this condition for the Crown to prove that the defendant has been convicted of another offence, or even that it engaged in conduct for which it could be convicted. The vague and subjective nature of this condition has resulted in criticism that its invocation is arbitrary. If it is perceived as unfair to individuals, it may be seen as even less fair in the corporate sphere where there may be no general agreement as to proper standards of behaviour. But imposition of a probation order containing such a condition might, in itself, have a deterrent effect,[214] and there might well be blatant cases of pollution which the court would have no difficulty in finding the defendant, whether an individual person or a corporation, to have fallen outside the bounds of good behaviour. This provision could be useful in clear-cut cases.

(2) Prevention of Future Offences

Under paragraph 663(2)(*h*) the court may impose other reasonable conditions the court considers desirable to secure the good conduct of the defendant or prevent him from repeating the same offence or committing other offences. This section appears to fetter the judge's discretion in three ways. The condition must have the securing of law-abiding conduct in the future as its objective. Punitive measures are, therefore, not authorized.[215] The law-abiding conduct sought must be that of the accused, so that the condition cannot be aimed at deterrence of others. And lastly, the condition must be reasonable. A similar provision was applied by a United States

court in ordering the Atlantic Richfield Company to establish and complete within forty-five days a program to clean up an oil spill.[216] The United States Court of Appeal ruled the condition unreasonable because the corporation could not determine what it had to do to meet the terms.

So long as the order is specific and capable of execution within a specified period, there appears to be nothing to prevent the court from making an order aimed at pollution abatement or prevention. For example, where the Crown can establish that the installation of available equipment of a certain description will result in a reduction in the rate of emissions, or prevent the recurrence of a discharge of a deleterious substance, there appears to be nothing to prevent the court from ordering the installation of such equipment. The same might be said of ordering the initiation of a system of quality control or inspection, provided the order is sufficiently specific as to what the company must do.

This is not to pretend that difficult questions will not arise concerning the scope of such orders or the ability of the company to pay. The difficulties are not, however, insuperable. Supervision of polluters would represent a change from what probation officers are accustomed to, but officers of government environmental protection agencies would likely be available to work with the probation officer in monitoring the company's compliance, and any difficulties in this regard would involve merely administrative adjustment. Given the scope of corporate crime, the day may not be far off when probation officers skilled in commercial matters will carry special corporate case-loads. The same may be true in environmental matters.

(3) Probation under Federal Environmental Statutes

The *Criminal Code* probation provisions appear to apply to federal environmental statutes. Most federal statutes that create environmental offences provide that the offender is "liable on summary conviction."[217] Summary conviction proceedings are governed by the *Criminal Code*, Part XXIV, by virtue of subsection 720(1), which defines "proceedings" to include proceedings in respect of offences that are declared by an Act of the Parliament of Canada. The definition of "sentence" in the same provision incorporates orders made under subsection 663(1), that is, probation orders. The word "sentence" appears in Part XXIV only in that section dealing with appeals. According to section 748, the appeals portion of Part XXIV deals with appeals against "sentence" passed only "in proceedings under this Part." Since the only proceedings under Part XXIV are summary proceedings, it must be possible under Part XXIV to impose a probation order. The criminal courts have, in practice, made probation orders under federal statutes.[218]

(4) Can Corporations Be Put on Probation?

Because so many polluters are corporations, it is important that such supervisory orders apply to them. Unfortunately the matter is not free from doubt. Until very recently, the only decision on this issue was that in *R.* v. *Algoma Steel*

Corp.,[219] which held that a suspended sentence and probation order were inapplicable to a corporation under both the *Criminal Code* and provincial legislation. The decision was made at the provincial court level, and no reasons appear in the brief summary of the case. In January of 1983, however, Judge Bourassa of the Territorial Court of the Northwest Territories rejected that decision in placing a polluting corporation on probation.[220] We feel that this is the better view.

The *Criminal Code* section 663 regarding probation contains no express reference to corporations. Corporations are, however, specifically excluded from subsection 662.1(1) concerning absolute and conditional discharges, and subsection 662(1) concerning preparation of a pre-sentencing report. The *exclusio unius* rule, especially in light of the close proximity and similarity of subject-matter of these sections to section 663, raises an argument that Parliament intended to include corporations in section 663. In addition, the word "accused" which appears in subsection 663(1) clearly falls within the *Interpretation Act* (R.S.C. 1970, c. I-23) section 28 definition of "person" which includes corporations in "any word or expression descriptive of a person."

Exclusion of corporations from the pre-sentence report provision could indicate that probationary orders for corporations were not intended by the legislative drafters. An alternative explanation, however, is that the sort of psychological and socio-economic information that would ordinarily be contained in a pre-sentence report is simply not relevant to corporations. Both the Crown and the accused are always free to adduce other kinds of evidence.

The argument against inclusion of corporations may rest on the requirement under section 663 that the judge have regard to the age and character of the accused. These factors do not inherently exclude corporations. Parliament may simply have intended this as a direction to the courts to be followed where appropriate, that is, in the case of individuals, and ignored where clearly inappropriate, that is, in the case of corporations. Alternatively, the length of time a company has been incorporated (its age) may be, in conjunction with its criminal record and its experience in pollution abatement, a reasonable factor to consider in determining whether supervision is called for. Character may refer to the sort of anthropomorphic analysis that courts have sometimes indulged in, or may simply refer to non-human legal form. A direction to the court to have regard to the fact that the accused is a corporation is merely neutral. While there may be room for disagreement concerning the intended breadth of this provision, it appears to be open to the courts to interpret it so as not to exclude corporations.

However, to allay any doubt, we would recommend the amendment of environmental statutes expressly to provide that probation provisions in any relevant legislation apply to corporations.

(5) Cease-and-Desist Orders

In addition to their probation powers, the courts have specific power under most federal environmental statutes to make "cease-and-desist" orders.[221] The provisions

of these statutes are generally identical to section 34 of the *Northern Inland Waters Act*:

> 34. Where a person is convicted of an offence under section 32, the court may, in addition to any punishment it may impose, order that person to refrain from committing any further such offence or to cease to carry on any activity specified in the order the carrying on of which, in the opinion of the court, will or is likely to result in the committing of any further such offence.

(6) Conclusion

The courts have made some, albeit limited, use of probation and other supervisory orders. They appear to be useful in many cases. In light of the limitations in the federal and provincial probation powers and the general unavailability in provincial environmental statutes of other forms of supervisory powers, there is merit in clarifying and expanding the courts' powers to make such orders.

Relatively little use has been made of these provisions,[222] and there has been little discussion of their potential scope and limitations. However, the Northwest Territories Territorial Court recently served notice that it considers such orders more effective than fines and "will not hesitate to use this tool in future cases."[223]

E. The Partially Suspended Sentence

Under the *Criminal Code*, where no minimum penalty is provided for an offence, paragraph 663(1)(*a*) allows the court, in addition to imposing a probation order, to suspend the passing of the sentence. Provincial summary procedures legislation contains similar provisions.[224] The suspended sentence represents, depending upon how one views it, either an expression of faith in the offender or a gamble that he will not repeat the offence. It is appropriate when it is unlikely that the offender will repeat the conduct and there is no pressing need for the sentence to express the community's repudiation of the conduct or to have a general deterrent effect. This approach is seldom appropriate for a large corporation or other very wealthy offender. Suspension of part of the sentence and imposition of part might be more appropriate to combine imposing a penalty with creating an incentive for good behaviour. However, because it is the passing of sentence, not the sentence itself, that is suspended, under the *Criminal Code* and similar provincial legislation, a court that suspends sentence cannot levy a fine at all unless and until the probation order is breached.[225]

An interesting approach has been taken in two American cases. In *United States* v. *J. D. Ehrlich*,[226] a company that violated the *Migratory Birds Treaty Act* was fined $5,000. All but $500 of the fine was suspended. The company was placed on five years probation. If it were convicted of a federal offence concerning wildlife during that period, the remaining $4,500 would be immediately due. In *Apex Oil Co.* v. *United States*,[227] the company had failed to notify the government of an oil spill. Here the wording of the order was somewhat different: $15,000 of the $20,000 fine

was stayed on condition that the corporation not violate any pollution law during the three-year probation period. In both cases the order was upheld on appeal.

It does not appear that either of these formulations is possible in Canada under existing legislation. A minor difference between American and Canadian legislation is that paragraph 664(2)(*b*) of the *Criminal Code* limits the probation period to three years. The major difference, however, is that the court cannot levy a fine and suspend part. The Ontario *Provincial Offences Act* (R.S.O. 1980, c. 400, s. 71) contains a provision allowing the court to impose a fine and suspend all of it if the offender carries out remedial activities, but this is not adequate since, in most cases, the offender ought not to have the opportunity to have the entire penalty rescinded for doing what it should have done anyway.

The American approach allows a corporation that claims good corporate citizenship and a commitment to prevention in the future to put its money where its mouth is. If it follows through with its promises, the small fine initially levied may be seen in retrospect to have been justified; if it fails to follow through, the heavier fine ultimately collected will also appear to have been justified. But in Canada, where the suspension of sentence is unaccompanied by any initial fine, suspended sentences may serve as an incentive to break the law the first time around. Unless such an order were accompanied by very stringent conditions of probation, it could well be counter-productive to the purposes of environmental legislation. It might, however, be appropriate in very rare cases, such as that of a small closely held corporation in financial difficulty.

F. Restitution and Compensation

Restitution and compensation are imprecise terms that are often used interchangeably. Generally, restitution is subsumed under the broader term "compensation." In its narrowest sense, restitution means the return of property or its monetary equivalent where that is easily ascertained. The *Canadian Law Dictionary* (Toronto: Law and Business Publications (Canada) Inc., 1980) defines restitution at page 330 as "[r]estoration of anything to its rightful owner. Also, the act of compensating or making good any loss or damage to property." The *Criminal Code* and some provincial statutes make provision for both restitution and compensation, indicating that the words describe two different remedies. In general, restitution or reparations corresponds to what would be considered "special damages" in a civil action and compensation includes these as well as the less concrete and less easily ascertainable "general damages." For example, if a person dumps a load of toxic waste in a farmer's field, and the farmer pays $1,000 to have it removed, his out-of-pocket expenses would probably be considered restitution. The diminution in value of his property and crop losses might be considered compensation because of the difficulty of ascertaining them precisely. Any mental anguish, aesthetic or spiritual considerations, if recoverable at all, would come under the rubric compensation.

Few, if any, federal or provincial environmental statutes provide for restitution or compensation. If this is available, it is by virtue of incorporation of Part XXIV of

the *Criminal Code* or provincial summary procedures legislation. In Ontario, for example, the *Provincial Offences Act* provides that a court may order restitution or compensation as a condition in a probation order, in accordance with provisions for this in any other statute.[228] Unfortunately, no order can be made since provincial environmental statutes do not make provision for this.

(1) Restitution

Under *Criminal Code* paragraph 663(2)(*e*) a restitution order can be made. This section has stringent requirements which limit but by no means destroy its utility in environmental cases. Restitution can be ordered only as follows:

(a) "[T]o any person aggrieved or injured." A condition requiring a liquor company that had violated anti-trust legislation to pay $233,500 to a county council on alcoholism was struck out by an American court because the council was not the "person aggrieved."[229] In cases of widespread but insidious and unquantifiable damage, this provision would be unhelpful. In a case such as *B.L.S. Sanitation*[230] however, the government department that incurred the cost of clean-up might well have had a provable claim, although an issue could arise as to whether a government department is a "person." It should be noted that the request could be made by the Crown, since no application by the person aggrieved is required.

(b) The person must have been aggrieved "by the commission of the offence" and the damage must have been sustained "as a result thereof." A causal connection similar to that in tort must be shown between the offence and the damage. In many cases proof would be difficult, but that is not to say that cases where proof of cause is possible need be excluded.

(c) Restitution is available only for the "actual loss or damage sustained." Estimates of future damages could not be considered. Since probation orders are made at the time of sentence, or where sentence is suspended, at the time sentence would otherwise have been passed, the damages must be provable at that time. In many cases the clean-up operation will not yet be complete or the extent of the injury fully ascertainable. Again, however, where a claim is ripe there appears to be no reason why it or its provable portion should not be dealt with.

There is a possibility that the Crown might be tempted to delay prosecution until a claim could be made; but the limitation period for prosecuting summary offences is often six months.[231] Prosecutors know that delay in getting to trial makes cases harder to prove, and the conditions in a probation order are solely within the discretion of the trial judge. Moreover, an order could be refused if the delay resulted in injustice to the accused.

(d) An increase in the fine cannot be ordered in the guise of restitution. Thus, decisions ordering charitable donations as a term of probation have been reversed.[232]

In addition to the requirements expressed in paragraph 663(2)(*e*) of the *Criminal Code*, the British Columbia Court of Appeal in *R.* v. *Dashner*[233] laid down

others: the court has a duty to ensure that the offender has the ability to pay; the purpose must be to secure good conduct, not to compensate the victim; the court is not to be used as a debt collection agency; and a separate or formal inquiry must not be necessary. Difficult questions of title will not be considered.[234]

The principles stated in *R.* v. *Zelensky*[235] would probably apply to restitution as well as to compensation, which upheld the constitutionality of section 653, a separate compensation provision applicable only to indictable offences. The court cautioned that the criminal courts should not grant an order where there is any serious conflict on legal or practical issues or on whether the person alleging himself to be aggrieved is so in fact. To impair the sentencing process, however, would take a complicated and lengthy assessment.[236]

Because restitution has a nexus to protection of property and civil rights, which is a provincial head of power, an interesting constitutional issue might arise if paragraph 663(2)(*e*) were applied in a prosecution under a federal regulatory statute such as the *Fisheries Act*. *Zelensky*[237] upheld restitution as a federal concern despite its property and civil rights overtones, because of its relationship to criminal law. Where a statute falls under another head of federal power, however, the criminal law power does not come into play. *MacDonald* v. *Vapour Canada Ltd.*[238] held that the federal government cannot mount separate civil proceedings on the back of the *Criminal Code*. The *Fisheries Act* could not, apparently, provide for restitution outside of the sentencing process — nor could the *Criminal Code* itself do so. Where, however, a conviction is obtained under the *Fisheries Act*, if the sentencing itself is valid as an exercise of federal power, it must be valid as necessarily incidental to the source of that regulatory power; that is, the inland fisheries power. If sentencing is valid under the inland fisheries power, and if *Zelensky* can be taken to mean that restitution is an integral part of sentencing, then restitution must also be valid under the fisheries power. This reasoning would apply to any prosecution under a federal statute.

(2) Compensation

A limited form of compensation is provided for by section 653 of the *Criminal Code*.[239] The categories of damage are restricted to "loss of or damage to property" and the court has power to make an award only upon application by the person aggrieved. It is questionable whether this language can be stretched to cover one of the most frequent effects of environmental degradation — loss of use and enjoyment of property — although an argument can be made that loss of property includes loss of the use and enjoyment of it.

Moreover, as stated above, the Supreme Court of Canada has decreed that the order should be made with restraint and caution and should not be made where serious legal or factual issues arise.[240] However, subsequently the Alberta Court of Appeal has stated that the mere fact that the claim is disputed is not a sufficient basis for refusing to make the order where the amount of money involved and the nature of the claim indicated that the claim could be dealt with reasonably and expeditiously.[241]

(3) Conclusion

Criminal Code powers to order compensation or restitution are narrow. Most provincial statutes make no mention of these tools. For example, Ontario's *Provincial Offences Act* permits the court to require restitution or compensation as a condition of a probation order, where authorized by any Act. The environmental statutes of that province, however, do not make provision for this.

While the subject of restitution and compensation is not uncontroversial, there is support in Canada for a more active use of restitution and compensation as sentencing tools. The Law Reform Commission of Canada recommends that restitution be made central to sentencing theory and practice[242] and K. L. Chasse, in "Restitution in Canadian Criminal Law,"[243] supports expanded use of the concept. The traditional objection is that the criminal courts are ill-equipped to deal with the issues involved, and that the issues are best left to the civil courts. This ignores the reality that the personnel of the civil and criminal courts are often one and the same, and that criminal courts are able to handle complex commercial fraud and trade practice cases involving huge sums and convoluted transactions. The argument that restitution issues will unduly lengthen trials is also a shibboleth. The normal rules of evidence are adequate to exclude evidence that is not relevant to liability issues. Chasse suggests that:

> ... at the time of sentence there is no reason why the court cannot call for proof and provide the accused with the necessary avenues of examination and discovery in regard to any question of restitution that the court wishes to consider.[244]

His main concern is that the focus not shift from the criminal to the victim. While we agree that safeguards are needed to ensure that the main spotlight stays on the offender and his offence, we support the views put forward by the former federal Minister of Justice, the Honourable Mark MacGuigan,[245] and by the Canadian Federal-Provincial Task Force on Justice for Victims of Crime[246] that more emphasis must be placed on the victim, who is largely ignored in the present sentencing process. Mr. MacGuigan's suggestion that the court be presented with a "victim impact" statement and the task force recommendation that a surcharge on fines be used to aid victims of crime are consistent with our recommendations. Restitution and compensation provisions are additional ways of implementing this philosophy.

Another argument used against restitution and compensation is that they turn the criminal courts into a "collection agency." This ignores the often wasteful duplication involved in separate criminal and civil actions arising out of the same activity, and, more importantly, it does not take into account the reality that civil proceedings are too costly for the average person. The alternative to recovery through the sentencing process is not recovery through the civil process, but no recovery at all.

We therefore strongly recommend the incorporation, with appropriate safeguards for the defendant, of restitution and compensation into environmental statutes.

G. *Performance Guarantees*

Many aspects of the law, from contracts to licencing standards, incorporate methods of guaranteeing performance. They are often referred to as "securities" or "sureties." The two terms are often used interchangeably; however, one difference is that the former often refers to things and the latter to persons. A security is a resource to be used in the case of failure to meet an obligation. A surety is a person who undertakes to meet the obligation in the event his principal defaults. In environmental law, the possibility of harm and the need to clean up, restore the environment and compensate the victims are often anticipated in part by requirements for deposit of money, provision of bonds, and irrevocable letters of credit.[247] In criminal law, the *Code* provides for "bail." Section 745 allows the court to order a defendant to enter into a recognizance, with or without sureties, to keep the peace. An interesting blend of private action and criminal sanction, this is neither a criminal charge resulting in conviction nor a power to be exercised on sentencing, but a separate application that can be made by a person who fears that another person will cause him or his family personal injury or will damage property. The probation sections of the *Code* do not explicitly provide for guarantees. The only section that might reasonably be construed to give the court the power to order deposit of money or other guarantees is paragraph 663(2)(*h*) which compels the offender to "comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable for securing the good conduct of the accused and for preventing a repetition by him of the same offence or the commission of other offences."

Broader application of such guarantees would be useful in sentencing in environmental law in at least two circumstances: first, when the defendant makes a submission to the court as a mitigating factor that he intends to undertake certain activities in future, and secondly, to back up any order the court might make for future action.

At present, promises or undertakings to carry out activities are unenforceable. The offender can reap the advantage of a lower sentence as a result of such promises, and not carry them out.

Failure to obey a court's order is punishable by contempt proceedings, but there still remain difficulties in enforcing the contempt finding. Forfeiture of securities could provide a powerful incentive to comply with orders or keep promises.

Conclusion

The major problem in sentencing is not the one perceived by the public — that fines are generally too low. In fact, the average fine handed down by the courts is commensurate with the gravity of the typical offence that comes before the court and the means of most small offenders. The maximum fines available in most cases are not only adequate to cover the typical offence, but may even be too high to reflect the gravity of some kinds of cases.

The problems lie not with the fine levels in typical cases, but with matters such as the inadequacy of the fines as the sole sanction available, the lack of available alternatives to the fine, the substantive law relating to corporate liability, and the fact that the same offence may entail so many degrees of risk and culpability that fines appear to the public to be too low even when they may be appropriate to the circumstances of the case.

To a lesser degree, the courts may be faulted for their preoccupation with serious risk and harm and their unwillingness to place great weight on intangible, aesthetic, emotional, and non-utilitarian considerations, such as nuisance and harm to the ecosystem which does not perceivably impinge on human uses of it. On the whole, however, judicial attitudes toward the environment seem reasonable.

The problems in sentencing arise primarily in the exceptional cases — those involving the very wealthy and the very poor, the especially recalcitrant offender, sensitive environments, high-risk occupations, hazardous substances, reckless and deliberate activity, ongoing pollution, pollution so inherent in an operation that it is impractical to eliminate it, and where financial benefits of wrongdoing exceed the maximum fine.

Some of these problems can be addressed by higher fines, provided that the levels are correlated to these problems and not raised indiscriminately. Other problems require more innovative solutions.

Some of the solutions may arise completely outside the scope of the prosecution and sentencing process, through the use of techniques such as diversion schemes, effluent fees and pollution taxes, imposition of fines directly by administrative agencies without prior prosecution, and the whole range of what have come to be known as "soft sanctions." These are beyond the scope of this Paper.

Some of the most innovative sentencing options may require a more radical restructuring of the legal system. The concept of a "day-fine" for example, appears to have greater potential for creating equity between the wealthy and the poor offender, while also being closely correlated with the length of time an offence lasts and the profit achieved by it, than other suggestions we have made. The replacement of the fine as the basic sanctioning unit with restitutionary payments, as suggested at pages 15 and 16 in the Law Reform Commission Working Paper 5, the use of the community work order, and prohibition of offenders from participating in corporate activity also have great promise.

Our failure to discuss these and other promising reforms does not imply rejection of them. We have focussed instead on reforms which can be relatively easily accomplished within the present legal framework. In the long run, these reforms may prove to be only interim measures. However, the possibility of more fundamental reforms in future should not be an excuse for failing to make useful changes now.

Sentencing has been a neglected area of environmental law until very recently. The recent raising of fines by the federal government has already resulted in an explosion of case-law. As fines get higher, consideration of sentencing options is likely to continue to escalate. Recent recognition by the Ontario Court of Appeal that the range of fines in certain public welfare offences is too low[248] is likely to contribute to this escalation. The time is ripe not only for thoughtful discussion of the sentencing process, but for immediate application of many of the lessons about sanctions that have been learned from a decade of environmental litigation and five years of experience in applying the *Sault Ste. Marie* case, as well as the lessons that can be learned from the literature on white-collar crime.

Endnotes

1. *R.* v. *United Keno Hill Mines Ltd.* (1980), 10 CELR 43 (Y.T. Terr. Ct.), p. 47.
2. *Ibid.*, p. 46.
3. *R.* v. *City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; 85 D.L.R. (3d) 161; 40 C.C.C. (2d) 353.
4. E. Keyserlingk, *Environmental Pollution as Crime: Some Conceptual Considerations* (First draft, prepared for the Law Reform Commission of Canada, 1982). [Emphasis in the original]
5. Peter Z. Finkle and Alastair R. Lucas, eds., *Environmental Law in the 1980s: A New Beginning* (Calgary: Canadian Institute of Resources Law, 1982), p. 126.
6. *Supra*, note 3, [1978] 2 S.C.R. 1299, p. 1310.
7. Clauses (g) and (h) were added by s. 4 of the *Environmental Protection Amendment Act*, S.O. 1983, c. 52. Previously, these effects were contained in a separate regulation limited to air pollution: Reg. 308, R.R.O. 1980.
8. One exception is the allocation of guilt between a corporation and the individual actors within the corporation. To be able to allocate penalties to both corporations and their personnel for the same offence, some substantive law reform may first be required to make both guilty of the offence. Division of guilt is now possible only in relatively narrow circumstances.
9. Section 92(15) of the *Constitution Act, 1867* gives the provinces exclusive legislative jurisdiction over sentencing in relation to provincial statutes.
10. Sir Rupert Cross, *The English Sentencing System*, 2nd ed. (London: Butterworths, 1975), p. 107.
11. See, for example *R.* v. *Morrissette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307; 75 W.W.R. 644, 12 C.R.N.S. 392, 13 Cr. L.Q. 208 (Sask. C.A.); *R.* v. *Wilmott*, [1967] C.C.C. 171.
12. E.g., *R.* v. *American Can of Canada Ltd.* (1977), 2 FPR 121 (Ont. Prov. Ct.); *R.* v. *Sheridan*, *infra*, note 15; *R.* v. *Industrial Tankers*, [1968] 2 O.R. 142, p. 145.
13. *Supra*, note 3, p. 170.
14. *Supra*, note 3, p. 172.
15. *R.* v. *Sheridan*, [1973] 2 O.R. 192 (Ont. Dist. Ct.), p. 207.
16. *R.* v. *The Vessel "City of Guildford"* (1975), 27 C.C.C. (2d) 212 (Ont. Cty. Ct.), p. 216.
17. *Supra*, note 1, p. 46.
18. Ben Boer, "Environmental Values: A Role for the Law," unpublished paper, School of Law, MacQuarie University, New South Wales, Australia, 1983.
19. *Ibid.*
20. *R.* v. *Krey* (1982), 12 CELR 105.
21. On appeal the term of imprisonment was reduced to two months.
22. Clayton C. Ruby, *Sentencing*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1980), p. 8; *R.* v. *Warner, Urquhart, Martin, and Mullen*, [1946] O.R. 808.
23. P. C. Weiler, "The Reform of Punishment" in Law Reform Commission of Canada, *Studies on Sentencing* (Ottawa: Information Canada, 1974), p. 173. See also J. M. P. Weiler, "Why Do We Punish? The Case for Retributive Justice" (1978), 12 *U.B.C.L.R.* 295, pp. 314 and 315.
24. *The Queen* v. *W. Sumarah, Jr., G. Sumarah and North Star Shipping Ltd.*, [1970] 5 C.C.C. 317, 10 Cr. N.S. 169, 70 D.T.C. 6164 (N.S. Co. Ct.); *Galloway* v. *The Queen* (1969), 69 D.T.C. 5023 (Alta. D.C.).
25. *R.* v. *B.L.S. Sanitation*, unreported, Sept. 8, 1976, Sudbury (Ont. Dist. Ct.), p. 5.
26. *R.* v. *Cotton Felts Ltd.* (1982), 2 C.C.C. (3d) 287.
27. *Supra*, note 1, p. 48.
28. *Supra*, note 1.
29. *R.* v. *The Canada Metal Co. Ltd.*, unreported, Feb. 22, 1980, Toronto, Ont. (Ont. Prov. Ct.) Dnieper J., reversed on other grounds (1980), 11 CELR 28 (Ont. Cty. Ct.). Also *R.* v. *Echo Bay Mines Ltd.* (1980), 12 CELR 38; *R.* v. *Panarctic Oils Limited* (1983), 12 CELR 78.
30. *R.* v. *Hoffmann-La Roche Ltd. (No. 2)* (1980), 56 C.C.C. (2d) 563 (Ont. H.C.), p. 569.
31. Lois G. Forer, *Criminals and Victims* (New York: Norton, 1980), pp. 203-204.
32. *R.* v. *Aetna Insurance Co. and Seventy-two Other Corporations (No. 2)* (1975), 30 C.C.C. (2d) 76 (N.S. S.C.); *R.* v. *Kito Canada Ltd.* (1976), 30 C.C.C. (2d) 531.

33. *R.* v. *Browning Arms Company of Canada Ltd.* (1974), 18 C.C.C. (2d) 298 (Ont. C.A.).
34. *Supra*, note 30, p. 566.
35. *R.* v. *Kenaston Drilling (Arctic) Limited* (1973), 12 C.C.C. (2d) 383 (N.W.T. S.C.), p. 386.
36. *Le Procureur Général de la Province de Québec* c. *New Brunswick International Paper Co.*, Court of Sessions of the Peace, Bonaventure, July 4, 1980, No. 105-27-660-76, p. 49 (unreported). See also *Le Procureur Général de la Province de Québec* c. *Dame Claire Gagnon*, Superior Court, Criminal Division, Terrebonne, Oct. 26, 1977, No. 700-36-0019-777, Boilard J.C.S. (unreported). In Québec, perhaps in recognition of the limited value of fines, recourse to injunctions is set out in section 19.3 of the *Environment Quality Act*.
37. *R.* v. *The Canada Metal Co. Ltd.*, *supra*, note 29.
38. *R.* v. *Cyprus-Anvil Mining Corporation* (1975), 5 CELN 116 (Y.T. Mag. Ct.); aff'd (1976), 5 CELN 117 (Y.T.C.A.).
39. For example, in Ontario, approximately 97 per cent of all business can be categorized as small: Ontario Ministry of Industry and Tourism, *A Small Business Development Policy for Ontario*, March, 1980. A small business is defined as a service industry with fewer than fifty employees or a manufacturing industry with fewer than one hundred employees.
40. *R.* v. *McNamara* (1981), 50 C.C.C. (2d) 516, p. 527.
41. Ruby, *supra*, note 22, p. 11; *supra*, note 29.
42. For an explanation of these terms see Colin H. Goff and Charles E. Reasons, *Corporate Crime in Canada* (Scarborough: Prentice-Hall, 1978).
43. Personal communication, dated March, 1983, from a resident of the Junction Triangle in Toronto, Ontario, in reference to the fine in the *Nacan* case, *infra*, note 73.
44. "Cyanamid fined for job health violation," *St. Catherines Standard*, January 25, 1984. The case involved charges by the Ministry of Labour under the *Occupational Health and Safety Act* and by the Ministry of the Environment under the Ontario *Environmental Protection Act*.
45. Cited in Robert B. Gibson, *Control Orders and Industrial Pollution Abatement in Ontario* (Toronto: Canadian Environmental Law Research Foundation, 1983), p. 83.
46. W. B. Fisse, "Reconstructing Corporate Criminal Law" (1983), 56 *Southern California L.R.* 1141, p. 1148.
47. *Ibid.*, p. 1149.
48. Anthony N. Doob and Julian V. Roberts, *An Analysis of the Public's View of Sentencing* (Ottawa: Department of Justice, 1983).
49. For example *R.* v. *Wilmott*, *supra*, note 11; *R.* v. *Iwaniw*, *R.* v. *Overton* (1959), 127 C.C.C. 40, pp. 50-51 (Man. C.A.); *R.* v. *Nash (No. 2)* (1949), 8 C.R. 44 (N.B. C.A.).
50. *Supra*, notes 1 and 26.
51. See *R.* v. *Canadian Marine Drilling Ltd.* (1983), 13 CELR 8 (N.W.T. Terr. Ct.); also *R.* v. *Panarctic Oils Limited*, *supra*, note 29, p. 86.
52. *R.* v. *Canadian Marine Drilling Ltd.*, *supra*, note 51, p. 9.
53. *R.* v. *Cyanamid Canada Inc.* (1981), 11 CELR 31 (Ont. Prov. Ct.); *R.* v. *McCain Foods Ltd.*, unreported (N.B. Prov. Ct.), J.F.H. Crocco J., Sept. 27, 1984.
54. *Supra*, note 1, p. 48.
55. *Piette* c. *Choinière*, Superior Court, Bedford, May 20, 1982, Jurisprudence Express, No. 82-628. The case involved illegal disposal of pig manure.
56. *Supra*, note 35, p. 386.
57. *Supra*, note 35; *supra*, note 20.
58. *Supra*, note 16; see also *supra*, note 1.
59. *Panarctic Oils Limited*, *supra*, note 29, pp. 85-86.
60. *Supra*, note 1, p. 47.
61. *Supra*, note 1, p. 49.
62. *R.* v. *Western Forest Industries Ltd.* (1978), 2 FPR 269 (B.C. Prov. Ct.), p. 275.
63. Keith Devlin, *Sentencing Offenders in Magistrates' Courts* (London: Sweet and Maxwell, 1975), p. 30.
64. *Supra*, note 10.
65. *R.* v. *Mellstrom* (1975), 22 C.C.C. (2d) 472 (Alta. S.C.), p. 486.
66. *R.* v. *Webb*, [1971] V.R. 147 (Vic. S.C.), pp. 150-151.

67. The issue, which appeared unresolved at the time this Paper was begun, has largely been put to rest by *R.* v. *Parks* (1982), 39 O.R. (2d) 334 (Ont. C.A.) and *Cotton Felts Ltd.*, *supra*, note 26. For discussion of the situation previous to these decisions, see Ruby, *supra*, note 22, p. 145; R. Paul Nadin-Davis, *Sentencing in Canada* (Toronto: Carswell, 1982), pp. 144-6.

68. *R.* v. *Parks*, *supra*, note 67.

69. *Supra*, note 26.

70. *R.* c. *Grégoire*, Provincial Court, Dec. 11, 1981, District of St-Hyacinthe, No. 27-001200-81, Roberts J.

71. *R.* c. *Choquette*, Court of Sessions of the Peace, Feb. 6, 1981, District of St-Hyacinthe, No. 750-27-3221-78.

72. *R.* v. *Tricil*, reported in (1978), 3:6 CELA Newsletter 84 (Ont. Prov. Ct.).

73. *R.* v. *Nacan Products Ltd.*, unreported, Oct. 13, 1982 (Ont. Prov. Ct.), Dnieper J.

74. The issue is currently before the Supreme Court of Canada in *Attorney-General of Ontario* v. *Fatehi* (1982), 34 O.R. (2d) 129 (Ont. C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada granted. Whether the decision in this case will affect sentencing will depend on the extent to which the courts are willing to extend civil analogies to other aspects of the public welfare offence, as they have to the basis of liability.

75. *Supra*, note 25. In *Nacan*, *supra*, note 73, the court also took into account "mischief to ... public authorities."

76. *Supra*, note 1, p. 58.

77. The English position, which has received limited support in Canada, is that the Crown should take no position on quantum of sentence.

78. See discussion and cases cited in Ruby, *supra*, note 22, pp. 44-46; *Nadin-Davis*, *supra*, note 67, pp. 539-541.

79. John McLaren, "The Common Law Nuisance Actions and the Environmental Battle — Well-Tempered Swords or Broken Reeds" (1972), 10 *Osgoode H.L.J.* 505, p. 532.

80. R. Needham, ed., *Legal Control of the Environment* (New York: Practising Law Institute, 1971), p. 94, *passim*.

81. *R.* v. *Gardiner* (1982), 30 C.R. (3d) 289 (S.C.C.).

82. The analysis is also consistent with the demarcation between crimes and other offences proposed by the Law Reform Commission of Canada in *The General Part — Liability and Defences*, [Working Paper 29] (Ottawa: Supply and Services, 1982), p. 25:

> According to the case-law, the hallmark of crimes as opposed to quasi-crimes, is intent and recklessness as distinct from negligence. The difference between those distinct states of mind, however, lies in knowledge. Without knowledge there can be neither intent nor recklessness. Clearly, then the minimum requirement for liability is knowledge.
>
> Knowledge, however, may be actual or constructive. Actual knowledge is that which a person has or would have if he did not wilfully shut his eyes to an obvious means of knowledge. Constructive knowledge means knowledge he would have if he did not neglect to make such inquiries as a reasonable and prudent person would make. *Only the former, actual knowledge is sufficient for crimes. Constructive knowledge, a kind of negligence, is relevant to offences other than crimes, that is, regulatory offences for which strict or absolute liability may be imposed.* [Emphasis added]

83. *Supra*, note 1, p. 49.

84. *Supra*, note 31, p. 202.

85. *Supra*, note 33.

86. Law Reform Commission of Canada, *Restitution and Compensation* and *Fines*, [Working Papers 5 and 5] (Ottawa: Information Canada, 1974).

87. Law Reform Commission of Canada, *Criminal Responsibility for Group Action*, [Working Paper 16] (Ottawa: Information Canada, 1976), p. 39.

88. The Ontario Ministry of the Environment, using powers in the legislation it administers which require disclosure of information, has on occasion retained forensic accountants to determine whether companies can afford to abate pollution. Whether the Crown can use such powers to obtain information for the sole purpose of use in sentencing is open to question. Ministry staff economists have also been requested on occasion to provide information to counsel for use in making sentencing submissions.

89. *Supra*, note 25, p. 4.

90. *Supra*, note 1.

91. See, for example, *R.* v. *American Can of Canada Ltd.*, *supra*, note 12, pp. 123-124; *R.* v. *ELF Oil Exploration and Production Canada Ltd.* (1974), 2 FPR 27 (N.W.T. Mag. Ct.); *R.* v. *British Yukon Navigation Co. Ltd.* (1976), 2 FPR S-5 (Y.T. Mag. Ct.), p. 2.

92. *Supra*, note 38. See also *R.* v. *Cyprus Anvil Mining Corporation* (1976), 5 CELN 145 (Y.T. Mag. Ct.).

93. *Supra*, note 1. See also *R.* v. *Industrial Tankers*, *supra*, note 12.

94. *Supra*, note 38. In the case of *Pépin* c. *Le Procureur Général de la Province de Québec*, Court of Appeal, April 29, 1983, Jurisprudence Express, No. 83-590, the court confirmed a Superior Court judgment declaring the appellant guilty of contempt of court. The appellant had ignored an injunction ordering him to stop his illegal operation of his garbage dump. The Court of Appeal stated that the $7,000 fine imposed by the Superior Court took into account all the relevant factors, in particular the fact that the defendant admitted that, at the time the case was being heard, and in spite of the injunction, he was earning about $22,000 a year from the operation of the dump.
See also *Panarctic Oils Limited*, *supra*, note 29.

95. This conclusion is based on a casual perusal of the case-law rather than a statistical analysis. However, the disparities are so obvious that probably no such analysis is required to verify the statement. A recent study of fines between 1975 and 1982 under Ontario's *Environmental Protection Act*, for example, showed that the median fine to individuals was roughly a third of the fine to corporations. No attempt was made to distinguish between large and small corporations: Heather Trueman, *Prosecutions under the Ontario Environmental Protection Act: A Summary, 1975-1981* (unpublished student's paper, April, 1983). In *Piette* c. *Choinière*, *supra*, note 55, the court declared it would take into consideration "the known financial difficulties presently being experienced by the pig producers" when imposing the fine. This was fixed at $250.

96. See, for example, *R.* v. *Sanatkar* (1982), 64 C.C.C. (2d) 325 (Ont. C.A.), p. 327.

97. For example, *R.* v. *Placer Development Ltd.* (1982), 12 CELR 58; *Panarctic Oils Limited*, *supra*, note 29; *United Keno*, *supra*, note 1; *Kenaston*, *supra*, note 35; *Cyprus-Anvil*, *supra*, note 38; *Canadian Pacific*, *infra*, note 113; *R.* v. *MacMillan Bloedel Industries Ltd.* (1976), 1:2 FPR 95.

98. *R.* v. *B. & R. Construction Ltd.*, unreported, March 10, 1976 (N.W.T. Mag. Ct.), Eckhardt Dep. Mag.; discussed in David Searle, "The Environment and the Law in Canada's North" (1977), 15 Alta. L.R. 412, p. 417.

99. *Supra*, note 29, p. 4.

100. *R.* v. *O. E. MacDougall Liquid Waste Sales and Systems Limited*, unreported, Jan. 13, 1982 (Ont. Prov. Ct.), Deacon J.; March 24, 1982 (Ont. Cty. Ct.), Newton J.

101. *R.* v. *Direct Winters Transport Limited*, unreported, Jan. 13, 1982 (Ont. Prov. Ct.), Deacon J.

102. *Supra*, note 87, p. 42 and following.

103. *R.* v. *Van's Gifts and Books Ltd.*, unreported, Oct. 14, 1977 (Ont. C.A.).

104. In *R.* v. *Canadian Marine Drilling Ltd.*, *supra*, note 52, Bourassa J. in sentencing a subsidiary of Dome Petroleum stated that "the court must be on guard to see that large corporations do not avoid large fines or responsibility for their illegal actions by establishing a network of small corporations." This approach is supported by Stuart J. in *United Keno*, *supra*, note 1, p. 50 and by American jurisprudence referred to therein.

105. For other reasons as to why it is reasonable and fair for corporate punishments to flow through to others, see Fisse, *supra*, note 46, pp. 1175-6.

106. W. B. Fisse, "Responsibility, Prevention, and Corporate Crime" (1972-73), 5 *N.Z. Univ. L.R.* 250.

107. *Supra*, note 87, p. 38.

108. Dershowitz, "Increasing Community Control over Corporate Crime — A Problem in the Law of Sanctions" (1961-62), 71 *Yale L.J.* 280, p. 296.

109. *Supra*, note 1, p. 50.

110. See, for example, *United Keno*, *supra*, note 1; *Canadian Marine Drilling Ltd.*, *supra*, note 52.

111. *Echo Bay*, *supra*, note 29.

112. *R.* v. *Giant Yellowknife Mines Ltd.* (1975), 4 CELN 69 (N.W.T. Mag. Ct.).

113. *R.* v. *Canada Cellulose Co.*, [1979] B.C.D. Crim. Sent. 7225-01 (B.C. Cty. Ct.). See also *Echo Bay*, *supra*, note 29; *R.* v. *Canadian Forest Products Ltd.*, unreported, Sept. 23, 1981 (B.C. Prov. Ct.); *R.* v. *Canadian Pacific Transport Co. Ltd.* (1977), 2 FPR 209 (B.C. Prov. Ct.).

114. *Supra*, note 30.

115. *Supra*, note 112.

116. *Supra*, note 112, p. 287 (note 39).
117. *Supra*, note 106.
118. *Supra*, note 87.
119. *Supra*, note 1.
120. *Supra*, note 29, p. 85.
121. There is considerable evidence of this because, since *United Keno*, counsel regularly parade a senior official before the court. See, for example, *R.* v. *Equity Silver Mines Ltd.*, unreported, June 20, 1983 (B.C. Prov. Ct.); *R.* v. *Ocelot Industries Ltd.*, unreported, June 8, 1983 (B.C. Prov. Ct.).
122. Christopher Stone, *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behavior* (New York: Harper and Row, 1975), p. xiii.
123. E.g., *American Can, supra*, note 12.
124. *R.* v. *Cyprus-Anvil* (1976), 5 CELN 145 (Y.T. Mag. Ct.), p. 150.
125. *Ibid.* See also *Cyprus-Anvil Mining Corp. Ltd.* v. *The Queen*, *supra*, note 38, p. 119; *R.* v. *Spillar*, [1969] 4 C.C.C. 211 (B.C. C.A.).
126. *R.* v. *Canadian Industries Limited* (1977), 8 CELR 121 (Y.T. Mag. Ct.).
127. *R.* v. *York Sanitation Co. Ltd.* (1978), 8 CELR 146 (Ont. Prov. Ct.).
128. *Supra*, note 126.
129. *Canada Tungsten Mining Corp. Ltd.* v. *The Queen* (1975), 5 CELR 120 (N.W.T. S.C.); See also *United Keno*, *infra*, note 155; *R.* v. *Texaco Canada Ltd.* (1979), 2 FPR 215, p. 228.
130. *Supra*, note 113.
131. *Supra*, note 1.
132. *Supra*, note 38.
133. *Plant National*, unreported, Dec. 22, 1980 (Ont. Prov. Ct.), Bates J.P.
134. *R.* v. *Metal Flo*, unreported, Nov. 5, 1981 (Ont. Prov. Ct.), McConnell J.
135. *Supra*, note 72.
136. *R.* v. *Festival Sales and Products Ltd.*, unreported, Sept. 7, 1982 (Ont. Prov. Ct.), Smith J.P.
137. *R.* v. *Russell*, unreported, Sept. 24, 1982 (Ont. Prov. Off. Ct.), Ferris J.P.; aff'd. Dec. 15, 1982 (Ont. Prov. Ct.), Cochrane J.
138. *American Can, supra*, note 12.
139. *Supra*, note 12.
140. *R.* v. *Barnes*, unreported, Jan. 25, 1980 (Ont. Prov. Ct.), Smith J.
141. *Supra*, note 29.
142. *R.* v. *Holmes Foundry*, unreported, Sept. 22, 1981 (Ont. Prov. Ct.), Cochrane J.
143. *R.* v. *Echo Bay Mines*, *supra*, note 29, p. 41.
144. *Ibid.*
145. *Ibid.*, pp. 41-42.
146. *R.* v. *Fabricated Plastics Ltd.* (1979), 8 CELR 173 (Ont. Prov. Ct.); and *supra*, note 113.
147. *R.* v. *Corporation of the City of Barrie* (1971), 13 Crim. L.Q. 371 (Ont. Prov. Ct.).
148. *R.* v. *Suncor Inc.*, unreported, May 31, 1983 (Alta. Prov. Ct.), Horrocks J.
149. *R.* v. *Wilby and Smithaniuk*, unreported, June 3, 1983 (B.C. Prov. Ct.).
150. *Supra*, note 1, p. 49.
151. *R.* v. *Spataro Cheese Products*, unreported, April 21, 1981 (Ont. Prov. Ct.), Nadeau J.
152. *Supra*, note 38, p. 116.
153. *Supra*, note 25.
154. *Supra*, note 1, p. 58.
155. See, for example, *Canadian Pacific Transport Co. Ltd.*, *supra*, note 113; *R.* v. *United Keno Hill Mines* (1979), 2 FPR 212 (Y.T. Mag. Ct.), p. 213.
156. *Day and Ross* v. *The Queen*, [1976] C.T.C. 707; 76 D.T.C. 6433 (F.C.-T.D.).
157. (1977), 25 *C.T.J.* 16.
158. *Interpretation Bulletin I.T.* — 104R.
159. *R.* v. *Adam Clark Co. Ltd.* (1982), 3 C.C.C. (3d) 323 (Ont. C.A.), p. 324.
160. *Tricil*, *supra*, note 72.

161. *Supra*, note 73.

162. Notably, *Kenaston*, *supra*, note 35, and *United Keno*, *supra*, note 1. See, however, the comments of Ayotte J. in *R.* v. *Echo Bay Mines Ltd.*, *supra*, note 29, to the effect that to some extent this special approach is merely a reminder of the importance of evidence.

163. P. C. Weiler, *supra*, note 23.

164. Stone, *supra*, note 122.

165. *Supra*, note 15, pp. 207-208.

166. *R.* v. *The Corporation of the District of North Vancouver* (1982), 11 CELR 158 (B.C. Prov. Ct., Crim. Div.).

167. *Ibid.*, p. 170.

168. *Supra*, note 26, p. 294.

169. "Pollution, When Is It a Crime?" editorial, *Windsor Star*, January 29, 1983.

170. Regulation 313 under the *Environmental Protection Act*, R.R.O. 1980, section 5.

171. John Swaigen, "Procedure in Environmental Regulation," in Finkle and Lucas, *supra*, note 5.

172. Newfoundland, *The Waters Protection Act*, R.S.N. 1970, c. 394, s. 8; Newfoundland, *The Nuisances and Municipal Regulations Act*, R.S.N. 1980, c. 276, s. 3.

173. Ontario, *Environmental Protection Act, 1971*, R.S.O. 1980, c. 141, s. 146; Ontario, *Ontario Water Resources Act*, R.S.O. 1980, c. 361, s. 16.

174. Nova Scotia, *Environmental Protection Act*, S.N.S. 1973, c. 6, s. 48; Nova Scotia, *Water Act*, R.S.N.S. 1967, c. 335, s. 8.

175. Québec, *Environment Quality Act*, R.S.Q., c. Q-2, s. 107. Actually, both sections 106 and 107 impose sanctions, and we are advised by Marie Tremblay of the Law Reform Commission of Canada that section 106 is used more often than section 107.

    For an *individual person*, section 106 decrees a maximum fine of $5,000 for a *first offence*. For a *corporation*, this fine is $30,000. For all *subsequent* offences, the maximum fine is $10,000 for an *individual person* and $60,000 for a *corporation*.

    Under section 107, in the case of a first offence by an individual person, the maximum fine is $3,000.

    Section 109.1, among other things, allows the government to adopt regulations providing for a maximum fine of up to $100,000 in the case of subsequent offences by a corporation. For an individual person, the maximum fine is $25,000 for subsequent offences.

176. Ontario, *Public Parks Act*, R.S.O. 1980, c. 417, s. 19.

177. Ontario, *Trees Act*, R.S.O. 1980, c. 510, s. 6.

178. John Andersen and John Swaigen, *Urban Tree and Forest Legislation in Ontario* (Sault Ste. Marie: Canadian Forestry Service, 1978), pp. 16-18, 76.

179. Ontario, *Ontario Water Resources Act*, R.S.O. 1980, c. 361, s. 51.

180. Ontario, *Ontario Water Resources Act*, R.S.O. 1980, c. 361, s. 32.

181. Ontario, *Ontario Water Resources Act*, R.S.O. 1980, c. 361, s. 24.

182. For example, Newfoundland, *The Waste Material (Disposal) Act*, R.S.N. 1970, c. 393, s. 13; Québec, *Environment Quality Act*, R.S.Q., c. Q-2, s. 66; Ontario, *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141, Part V.

183. *Supra*, note 3, p. 374 (C.C.C.); *R.* v. *Capozzi Enterprises Ltd.* (1981), 60 C.C.C. (2d) 385, p. 391.

184. For example, the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 33(5).

185. For example, *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, Part XX; *Arctic Waters Pollution Prevention Act*, R.S.C. 1970, c. 2 (1st Supp.), s. 18; *Clean Air Act*, S.C. 1970-71-72, vol. 1, c. 47, s. 33(1); *Environmental Contaminants Act*, S.C. 1974-75-76, vol. 2, c. 72, s. 8(5); *Ocean Dumping Control Act*, S.C. 1974-75-76, vol. 1, c. 55, s. 13.

186. For example, *supra*, note 16; *Placer*, *supra*, note 97.

187. Statistics provided by C. C. Young, Regulations Unit, Department of Fisheries and Oceans.

188. E.g., Alberta, *Clean Water Act*, R.S.A. 1980, c. C-13, s. 15(4); British Columbia, *Pollution Control Act*, R.S.B.C. 1979, c. 332, s. 25; Manitoba, *Clean Environment Act*, R.S.M. 1970, c. C-130, s. 8; New Brunswick, *Clean Environment Act*, R.S.N.B. 1973, c. C-6, s. 33(2); Newfoundland, *The Department of Environment Act*, S.N. 1981, c. 10, s. 48(2); Nova Scotia, *Environmental Protection Act*, S.N.S. 1973, c. 6, s. 48; Ontario, *Environmental Protection Act, 1971*, R.S.O. 1980, c. 141, s. 146; Québec, *Environment Quality Act*, R.S.Q., c. Q-2, s. 110; statutes, *supra*, notes 184 and 185; *Canada Water Act*, R.S.C. 1970, c. 5 (1st Supp.), s. 28(2).

189. British Columbia, *Pesticide Control Act*, R.S.B.C. 1979, c. 322, s. 22(2); Newfoundland, *The Waters Protection Act*, R.S.N. 1970, c. 394, s. 8; Nova Scotia, *Environmental Protection Act*, S.N.S. 1973, c. 6, s. 48; Nova Scotia, *Water Act*, R.S.N.S. 1967, c. 335, s. 8(3); Québec, *Environment Quality Act*, R.S.Q., c. Q-2, ss. 106 and 107; *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 33(5).

190. However, see Nadin-Davis, *supra*, note 67, p. 371.

191. E.g., British Columbia, *Pesticide Control Act*, R.S.B.C. 1979, c. 322, s. 22(2) (minimum imposed for second and subsequent convictions); Prince Edward Island, *Environmental Protection Act*, P.E.I. Acts 1975, as amended, c. 9, s. 9(2), s. 23; Québec, *Environment Quality Act*, R.S.Q., c. Q-2, ss. 106, 107 and 108; Ontario, *Environmental Protection Act, 1971*, R.S.O. 1980, c. 141, s. 147.

192. For example, this has been cited as a problem in enforcement of municipal tree protection by-laws: M.J. Puddister, *The Response of Ontario Municipalities to Tree Conservation* (Guelph: University of Guelph, 1982), pp. 34-35; *supra*, note 178, p. 75.

193. *Provincial Offences Procedure: An Analysis and Explanation of Legislative Proposals* (Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1978), p. 14.

194. Québec, *Environment Quality Act*, R.S.Q., c. Q-2, s. 109.1. For a *natural person*, the government can establish a minimum fine of up to $5,000 for a first offence and as much as $10,000 for all subsequent offences. For a *corporation*, the minimum fine can be as much as $10,000 for a first offence and as much as $25,000 for subsequent offences.
The government used the power accorded to it in the *Regulation amending the Regulation respecting Solid Waste Management*, R.R.Q., 1981, Supplement, Volume 2, page 1077, s. 23.

195. The Scandinavian "day-fine" system is briefly described in Working Paper 6, *supra*, note 86, p. 33, and received favourable comment in *supra*, note 1. The day-fine system deserves much more analysis than we have given it in this Paper, as it has great potential to provide equity between large and small offenders.

196. *Supra*, note 106, pp. 253 and 264.

197. *Supra*, note 87, p. 39.

198. Ontario, *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141, s. 47a to 47h.

199. E.g., *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 58; *Migratory Birds Convention Act*, R.S.C. 1970, c. M-12, s. 7.

200. E.g., *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 160, 181 and 447; *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40, s. 192(3); *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10.

201. Nadin-Davis, *supra*, note 67, p. 181.

202. *Infra*, note 245.

203. P. C. Weiler, *supra*, note 23, pp. 107-108.

204. British Columbia, *Pollution Control Act*, R.S.B. c. 1979, c. 332, s. 25; British Columbia, *Pesticide Control Act*, R.S.B.C. 1979, c. 322, s. 22(2); *Environmental Contaminants Act*, S.C. 1974-75-76, c. 55, s. 8(5); Northwest Territories, *Environmental Protection Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. E-3, s. 12; New Brunswick, *Pesticides Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-8, s. 30; Newfoundland, *The Department of Environment Act*, S.N. 1981, c. 10, s. 48(1)(b); Prince Edward Island, *Agricultural Chemicals Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. A-4, s. 22; Québec, *Environment Quality Act*, R.S.Q., c. Q-2, s. 109.1.

205. E.g., Alberta, *Clean Air Act*, R.S.A. 1980, c. C-12, s. 9; Alberta, *Beverage Container Act*, R.S.A. 1980, c. B-4, s. 8; Alberta, *Clean Water Act*, R.S.A. 1980, c. C-13, s. 9.

206. Not his real name, but the facts are based on an actual case.

207. This example involves *mens rea*, in that the act was deliberate even though the actual and potential consequences may not have been intended. Whether this should be a minimum requirement for imprisonment or there are cases where accidents are grounds for imprisonment merits further consideration.

208. *Supra*, note 86, p. 31.

209. *Supra*, note 22, pp. 268-270.

210. While the Law Reform Commission has suggested that community service orders should be substituted for imprisonment wherever possible, there are serious practical problems with this proposal. While this is correct in theory, the Crown, the defence counsel, and the court may be reluctant at the end of a trial to take on the additional responsibility, entailing further cost and delay, of attempting to design, implement and supervise an appropriate work program. Community agencies which have had unfortunate experiences with such "volunteers" may also be less than

eager to participate. The Commission is frank in acknowledging the drawbacks of community service orders in its Papers on the subject published in *Community Participation in Sentencing* (Ottawa: Supply and Services, 1976).

211. *Supra*, notes 3 and 26.

212. Not his real name, but the facts are based on an actual case.

213. For two reasons. First, it involved a delegation of authority to a party. Secondly, there is some authority that adjourning the imposition of sentence to encourage an offender to take some action will cause the court to lose jurisdiction: *R.* v. *Nunner* (1976), 30 C.C.C. (2d) 199 (Ont. C.A.).

214. Leonard Orland, "Reflections on Corporate Crime: Law in Search of Theory and Scholarship" (1979-80), 17 *Am. Crim. L.R.* 501.

215. *R.* v. *Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287 (Ont. C.A.).

216. *United States* v. *Atlantic Richfield Co.*, 465 F. 2d 58 (7th Cir. 1972).

217. E.g., *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 33(5) and 51(1).

218. E.g., *Panarctic Oils*, *supra*, note 29; *R.* v. *Greater Vancouver Regional District, Greater Vancouver Sewage and Drainage District*, unreported, May 7, 1981 (Richmond Prov. Ct.), Govan J.; *R.* v. *The Corporation of the District of North Vancouver*, unreported, Nov. 8, 1982 (North Vancouver Prov. Ct.), Hume J.; *R.* v. *Central Okanagan Regional District*, unreported, May 19, 1983, (Kelowna Prov. Ct.), Ellis J.

219. *R.* v. *Algoma Steel Corp.*, unreported, Jan. 10, 1977 (Ont. Prov. Ct. (Crim. Div.)), Greco P.C.J., summarized at (1977), 1 W.C.B. 118.

220. *Panarctic Oils*, *supra*, note 29.

221. *Canada Water Act*, R.S.C. 1970, c. 5 (1st Supp.), s. 30; Alberta, *Clean Air Act*, R.S.A. 1980, c. C-12, s. 35; *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 33(7); *Ocean Dumping Control Act*, S.C. 1974-75-76, c. 55, s. 14(2).

222. *R.* v. *Churchill Copper Corp. Ltd.* (1971), 5 C.C.C. (2d) 319, p. 324 (B.C. Prov. Ct.); *R.* v. *Federated Co-operative Ltd.* (1971), 1 FPR (Part III) 7A (B.C. Prov. Ct.), p. 9; but see *R.* v. *West Coast Reduction Ltd.* (1973), 1 FPR (Part II) 20A (B.C. Prov. Ct.); *R.* v. *Columbia Cellulose* (1970), 2 FPR 1C (B.C. Prov. Ct.), p. 12; *R.* v. *Irving Pulp and Paper Ltd. (No. 2)* (1977), 2 FPR 82 (N.B. Prov. Ct.), p. 98.

223. *Canadian Marine Drilling Ltd.*, *supra*, note 51.

224. E.g., Ontario, *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1980, c. 400, s. 72.

225. *R.* v. *St. James* (1981), 20 C.R. (3d) 389 (Qué. C.A.).

226. *United States* v. *J. D. Ehrlich*, 372 F. Supp. 768 (1974) U.S.D.C. [District].

227. *Apex Oil Co.* v. *United States*, 530 F. 2d 1291 (1976) U.S.C.A. [Circuit].

228. Ontario, *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1980, c. 400, s. 72(3)(a).

229. *United States* v. *Clovis Retail Liquor Association*, 540 F. 2d, p. 1390.

230. *Supra*, note 25.

231. The limitation period is longer under a few federal and provincial statutes, for example, two years under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, and Ontario's *Environmental Protection Act, 1971*, R.S.O. 1980, c. 141, and *Ontario Water Resources Act*, R.S.O. 1980, c. 361.

In Québec, environmental cases are brought according to the *Summary Offences Act* (R.S.Q., c. P-15). By virtue of section 14 of this Act, and of section 1 of the *Penal Actions Act* (R.S.Q., c. A-5), the prescribed time period is two years.

Nevertheless, there is sufficient uncertainty about the operation of section 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that prosecutors are likely to treat these longer limitation periods as being applicable only with regard to exceptionally time-consuming investigations or when an offence does not come to light until long after it was committed.

232. E.g., *R.* v. *DeKleric*, [1969] 2 C.C.C. 367 (B.C. C.A.).

233. *R.* v. *Dasher* (1974), 25 C.R.N.S. 340 (B.C. C.A.).

234. *Starup* v. *United Dominion Trust (Commercial) Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 418 (Eng. Q.C.).

235. *R.* v. *Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, 2 C.R. (3d) 107.

236. *R.* v. *Chislieri*, [1980] Alta. D. 7055-01 (Alta. C.A.).

237. *Supra*, note 235.

238. *MacDonald* v. *Vapour Canada Ltd.* (1971), 66 D.L.R. (3d) 1 (S.C.C.).

239. A separate possibility for the compensation of victims exists under subsection 388(2) of the *Criminal Code*. This section applies only where there was damage to property, the damage was wilful, and did not exceed $50. As in paragraph 663(2)(*e*), payment can only be made to a person aggrieved, and a causal connection must be proved. Personal injury is excluded. Because of these requirements and the large number of separate counts and very small claims that would have to be proved for the order to have any discernable impact on a corporate accused, this provision is unlikely to be of value in many environmental cases.

240. *Supra*, note 235.

241. *Supra*, note 236.

242. *Supra*, note 86. The Commission uses the term "restitution" in the broad sense, to include what we have described as "compensation."

243. (1977), 36 C.R.N.S. 201.

244. *Ibid.*, p. 213.

245. "Changes Due for Divorce, Sentencing," *Globe and Mail*, July 5, 1983.

246. "Surtax on Offenders Proposed to Aid Victims of Crime," *Globe and Mail*, Aug. 17, 1983.

247. E.g., Ontario, *Pesticides Act*, R.S.O. 1980, c. 376, s. 28 and Reg. 751, R.R.O. 1980; *Arctic Waters Pollution Prevention Act*, R.S.C. 1970, c. 2 (1st Supp.); Ontario, *Environmental Protection Act*, R.S.O. 1980, c. 141, s. 34; Québec, *Environment Quality Act*, R.S.Q., c. Q-2, ss. 55 and 95.2; Québec, Regulation respecting solid waste, R.R.Q. 1981, c. Q-2, r. 14.

248. *Cotton Felts*, *supra*, note 26.

Commission de réforme du droit du Canada

Law Reform Commission of Canada

la détermination de la peine en droit de l'environnement

SÉRIE PROTECTION DE LA VIE

DOCUMENT D'ÉTUDE

Canada

LA DÉTERMINATION DE LA PEINE EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Série protection de la vie

LA DÉTERMINATION DE LA PEINE EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Série protection de la vie

Un document d'étude préparé à l'intention de la

Commission de réforme du droit du Canada

par

John Swaigen
et
Gail Bunt

An English Edition
of this Study Paper
is available under the title
SENTENCING
IN ENVIRONMENTAL CASES

Disponible gratuitement par la poste :

Commission de réforme
du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

©Commission de réforme du droit du Canada 1985
N° de catalogue J32-3/37F
ISBN 0-662-93059-2

Table des matières

INTRODUCTION 1

PARTIE I : EXAMEN DES PRINCIPES ACTUELS EN MATIÈRE DE DÉTERMINATION DES PEINES

I. Les principes et objectifs généraux 9

A. La protection de la société 10
B. La répression ou la punition 11
C. La réinsertion sociale et la rééducation 14
D. La dissuasion 15

II. Les critères spécifiques 19

A. L'étendue des dommages potentiels et réels 20
(1) L'atteinte à l'intérêt général 21
(2) Les conséquences préjudiciables au voisinage 23
(3) Le coût supporté par la collectivité 24
B. L'intention 26
C. L'économie ou le profit réalisé : «le produit de l'infraction» 27
D. L'infraction la plus grave 29
E. La capacité de payer 29
F. La taille et l'actif de l'entreprise 30
G. Les facteurs anthropomorphiques 33
(1) La moralité de l'entreprise 34
(2) Le remords 35
H. L'aveu de culpabilité 36
I. La coopération et les dépenses engagées 39
(1) Le signalement des infractions, l'assainissement de l'environnement et la prévention de la pollution : après le fait 40
(2) La prévention de la pollution : avant le fait 41
J. Le laxisme des organismes gouvernementaux 42
K. Le caractère raisonnable des normes 44
L. Les condamnations antérieures 45
M. Les conséquences fiscales de l'amende 45

N. Le congédiement des employés responsables de l'infraction 45
O. Les efforts à déployer pour prévenir la pollution 46
P. La contribution des entreprises au bien-être de la société 47

III. La détermination de la peine en matière d'environnement obéit-elle à des règles particulières? 47

A. Discussion 47
B. Conclusion 52

PARTIE II : PROPOSITIONS DE RÉFORME

IV. Les amendes 53

A. Les amendes maximums disproportionnées 54
B. L'augmentation des amendes maximums qui sont nettement insuffisantes 56
C. L'augmentation générale des amendes maximums 58
D. L'établissement d'amendes minimums 60
E. L'augmentation des amendes minimums ou maximums dans le cas des entreprises 62
F. L'imposition d'amendes minimums ou d'amendes maximums plus fortes dans des circonstances précises 65

V. Les autres types de sanctions 66

A. La confiscation des biens 67
B. La suspension ou la révocation des licences, permis et autres privilèges 68
C. L'emprisonnement 68
D. Les ordonnances de faire ou de cesser de faire quelque chose 71
(1) La bonne conduite de l'accusé 73
(2) La prévention d'autres infractions 73
(3) Les ordonnances de probation en vertu des lois fédérales relatives à l'environnement 74
(4) Les sociétés commerciales et les ordonnances de probation 75
(5) Les injonctions 76
(6) Conclusion 76
E. La peine avec sursis partiel 77
F. La restitution ou réparation et le dédommagement 78
(1) La restitution ou réparation 79

(2) Le dédommagement 80
(3) Conclusion 81
G. Les garanties d'exécution 82

CONCLUSION 84

RENVOIS 86

Remerciements

Nous tenons à rendre hommage à M. Ted Keyserlingk pour son appui continu et ses commentaires utiles.

Il nous faut également remercier M^me^ Lynn Huestis, MM. Simon Chester et David Hunter ainsi que M. le juge Barry D. Stuart dont les commentaires et suggestions nous ont éclairés et donné matière à réflexion.

John Swaigen, Gail Bunt

Introduction

Depuis une vingtaine d'années, nous sommes témoins d'une prolifération des lois touchant la gestion et la protection de l'environnement. Les mécanismes de contrôle qui y sont prévus comprennent notamment la délivrance de permis, dont les conditions doivent être respectées sous peine de révocation, le pouvoir de certains organismes gouvernementaux d'ordonner l'assainissement de l'environnement, ou encore la diminution ou la réparation des dommages causés, et les interdictions absolues d'accomplir certains actes. Les poursuites judiciaires assurent, dans une large mesure, l'observation de ces permis, ordonnances et interdictions.

Pour les organismes chargés d'appliquer la loi, les poursuites judiciaires, cette «arme brutale» de la loi, ne sont pas perçues comme le moyen par excellence d'en assurer le respect, et les juristes commencent à douter de leur efficacité. Quoi qu'il en soit, il a été démontré dans le passé que les poursuites judiciaires sont efficaces lorsque des accusations sont effectivement portées contre les contrevenants. D'une part, le public en général est en faveur de ce processus et tout organisme chargé d'appliquer la loi qui refuse systématiquement d'intenter des poursuites judiciaires finit par perdre sa crédibilité. D'autre part, l'expérience démontre que, bien souvent, les pollueurs récalcitrants qui refusent les arrangements à l'amiable changent radicalement d'attitude et apportent des améliorations importantes à leurs installations entre la date de l'accusation et la date du procès.

Au fond, l'efficacité des poursuites pour violation des lois relatives à l'environnement ne se mesure pas par rapport aux accusations portées ou aux condamnations prononcées, mais en fonction de ce qui en résulte. Les poursuites judiciaires visent en fin de compte à faire cesser le comportement répréhensible, à forcer le contrevenant à décontaminer la zone polluée, ou à diminuer ou réparer les dommages causés à l'environnement, et à empêcher la récidive. Les poursuites judiciaires devraient avoir un effet dissuasif non seulement sur le contrevenant lui-même, mais également sur les autres personnes susceptibles d'agir de la même façon. Nul doute que le processus de détermination de la peine peut jouer un rôle important à cet égard.

Les poursuites judiciaires servent également d'avertissement aux personnes qui pourraient être tentées de commettre la même infraction. Elles leur rappellent que la loi existe, qu'elle doit être respectée sous peine de sanction et que rien ne sert d'y contrevenir. Les poursuites judiciaires renforcent en outre les valeurs sociales. Elles démontrent clairement que le gouvernement entend protéger certaines valeurs auxquelles la société tient résolument. Le défaut d'intenter des poursuites judiciaires peut laisser supposer le contraire et encourager les gens à enfreindre la loi et à douter des valeurs qu'elle est censée protéger. La peine infligée a une très grande incidence sur la réalisation de ces objectifs, et plus encore sur la perception qu'a le public de l'efficacité des poursuites judiciaires.

De plus, les poursuites judiciaires et l'imposition de peines sont censées permettre de «passer l'éponge» sur la conduite reprochée. En effet, une personne qui

a été condamnée et qui a purgé sa peine a payé sa «dette» envers la société et, dans une large mesure, sa conduite passée est «effacée». Toutefois, tant que les victimes d'une infraction ne reçoivent aucune indemnité et que les dommages causés à l'environnement ne sont pas réparés, les poursuites judiciaires ne remplissent pas adéquatement cette fonction. Par conséquent, on peut soutenir que les poursuites judiciaires ne peuvent avoir un effet de dissuasion, refléter la gravité de l'infraction, assurer le respect de la loi et permettre de classer un incident en matière de pollution que dans la mesure où elles aboutissent au paiement de dommages-intérêts, à l'indemnisation des victimes et à la dépollution de l'environnement.

Le processus de détermination de la peine joue un rôle déterminant dans la réalisation de chacun de ces objectifs. D'aucuns considèrent que le seul fait d'intenter des poursuites peut être plus dissuasif que la sentence elle-même. Mais la sentence est le résultat le plus tangible d'une poursuite et permet au public de juger — à tort ou à raison — du degré de succès de la poursuite. Dès lors, l'aboutissement du processus de détermination de la peine conditionne dans une large mesure le respect des citoyens à l'égard du système juridique. De plus, la sentence joue un rôle important en matière d'assainissement du milieu, de dissuasion et d'indemnisation des victimes. Cela dit, le processus de détermination de la peine pourrait, par suite d'une réforme approfondie, jouer un rôle encore plus important.

On ne peut affirmer ni même s'imaginer que justice a été rendue tant qu'une peine adéquate et efficace n'a pas été infligée au contrevenant. Pourtant, il est à se demander si le droit actuel autorise effectivement les tribunaux à prononcer des peines appropriées et efficaces en matière d'environnement. Nul doute qu'une grande partie des problèmes découle de la diversité des infractions dites perpétrées contre «l'environnement».

Ces infractions varient suivant les activités dans lesquelles elles s'inscrivent, leurs conséquences et les degrés de responsabilité en cause. En effet, il y a tout un monde entre les actes de pollution proprement dits et le simple fait d'exploiter une entreprise qui pourrait être génératrice de nuisances, sans avoir obtenu un permis ou sans avoir rempli une formule obligatoire. Quant aux effets de la pollution, ils peuvent aller de légers malaises ou de la perte temporaire de l'usage et de la jouissance d'un bien, à la mort d'êtres humains ou à l'extinction pure et simple d'une espèce animale ou végétale. Par ailleurs, l'acte peut avoir été commis intentionnellement ou par insouciance ou négligence. Une infraction de responsabilité absolue peut toutefois être le résultat d'une erreur de jugement raisonnable. Ces divers degrés de faute ou de responsabilité soulèvent des difficultés d'ordre conceptuel.

Dans l'affaire *R.* v. *United Keno Hill Mines Ltd.*[1], le juge Stuart a reconnu ce problème :

> [TRADUCTION]
> Le caractère intrinsèquement criminel des infractions liées à la pollution varie énormément. Il peut s'agir d'actes commis par négligence ou encore d'actes prémédités, et leurs ramifications peuvent aller des infractions aussi mineures que le fait de jeter des détritus par terre aux infractions qui entraînent la destruction éhontée des ressources naturelles ou des biens d'autrui et, dans certains cas, la mort.

Le juge Stuart a déclaré d'une manière non équivoque que [TRADUCTION] «la pollution est un crime[2]». Cette opinion tranche avec la décision rendue par la Cour

suprême du Canada dans l'affaire *R.* c. *Sault Ste-Marie*. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que les infractions contre l'environnement ne sont pas criminelles au vrai sens du terme, ni immorales, car elles appartiennent à la catégorie des «infractions contre le bien-être public[3]».

Comme le souligne Keyserlingk :

[TRADUCTION]
En ce qui a trait à la pollution, la portée de cet arrêt est particulièrement limitée. Bien que la décision soit plutôt descriptive sur ce point, elle implique davantage, à savoir que le mot «est» peut facilement être remplacé par «devrait», sans plus. Dans la mesure où les infractions écologiques se trouvent presque exclusivement définies dans les lois relatives au «bien-être public», la description qui en est faite dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* est à tout le moins précise. Elle suppose cependant qu'il ne devrait pas en être autrement, c'est-à-dire que du fait de leur nature, les infractions liées à la pollution *sont* et *devraient être* toujours des infractions réglementaires. Aucune allusion n'est faite aux dommages sérieux et aux risques graves qui peuvent découler des activités polluantes, ni au fait que certains actes peuvent porter gravement atteinte à des valeurs fondamentales de la société, comme son obligation de veiller à la protection de l'environnement. Il n'est pas fait mention non plus qu'en vertu de ces critères, certains actes de pollution pourraient, en raison de leur nature et de leurs conséquences, et non tout simplement parce qu'ils sont actuellement visés par un texte d'incrimination, constituer des infractions criminelles dans le vrai sens du terme[4].

Ajoutons à cela que l'arrêt ne dit pas que, même si la pollution est accidentelle dans la plupart des cas, certains actes de pollution sont commis intentionnellement.

Le professeur Franson a bien résumé le problème dans le passage suivant :

[TRADUCTION]
À l'heure actuelle, la loi présume que tous les pollueurs et tous les problèmes liés à la pollution sont identiques. Bien entendu, ils ne le sont pas, et nous avons peut-être eu tort de ne pas établir une sorte de classification qui nous aurait permis d'analyser les problèmes écologiques. Dans la plupart des disciplines, le point de départ est l'établissement d'une taxinomie. Il n'en existe pas en droit de l'environnement. Nous n'arrivons même pas à faire la distinction entre des industries existantes considérées comme fort utiles, qui peuvent difficilement réduire leur niveau de pollution, et les individus qui se débarrassent sciemment et clandestinement de produits chimiques toxiques[5].

L'éventail des risques et des dommages visés par les textes d'incrimination en matière d'environnement est aussi impressionnant que la diversité des degrés d'intention coupable et des conditions économiques dont procèdent ces infractions. Quant aux substances qui sont déversées dans l'environnement, il peut s'agir autant de matières relativement inoffensives que d'agents extrêmement toxiques. Suivant les circonstances, certaines substances peuvent être tantôt inoffensives, tantôt nocives. On soupçonne certaines substances d'être dangereuses, mais la preuve n'est guère concluante. D'autres substances que l'on croit inoffensives à l'heure actuelle pourraient, à la longue, s'avérer nocives. Dans certains cas, nous devons reconnaître notre ignorance; dans d'autres, les scientifiques concluent à l'innocuité ou à la nocivité d'une substance d'une manière catégorique alors que subsistent de nombreuses inconnues.

Les dommages qui résultent d'une transgression de la loi peuvent causer du tort non pas à un particulier, mais à l'ensemble de la société, voire même à l'environnement, auquel cas il est difficile de «prouver» que des dommages ont été causés à

autrui. La nature diffuse de ces dommages nous empêche de mesurer aisément la gravité de l'infraction, l'un des critères importants de la détermination de la peine.

Les catégories de dommages causés à des particuliers peuvent aller de l'angoisse, du préjudice moral ou esthétique, à la perte de vies ou la destruction de biens. Les pertes de vie et les destructions de biens portent atteinte à des valeurs fondamentales au même titre que les infractions criminelles, qui ont été définies dans le but de protéger ces mêmes valeurs. Quant à l'angoisse, au préjudice moral ou esthétique, comme l'a souligné la Cour suprême du Canada, «ils mettent manifestement en jeu des valeurs contradictoires[6]».

Dans le cas d'actes préjudiciables à la santé ou d'atteintes graves aux biens et au revenu des personnes, ou lorsqu'il y a des risques de tels effets, il est relativement facile d'équilibrer les intérêts contradictoires. Ce n'est toutefois pas le cas lorsque la pollution n'est qu'une source de nuisances ou de désagréments ou lorsque des dommages sérieux ne sont décelables qu'à la suite d'une exposition prolongée à un produit chimique. Certes, la loi autorise le tribunal à condamner le contrevenant dans ces cas, mais elle ne fournit aucun critère qui permettrait de réaliser un équilibre entre des intérêts économiques concrets et des valeurs abstraites.

En outre, en comparant les actes de pollution typiques dont les tribunaux sont saisis, actes qui ne comportent habituellement aucun danger manifeste pour la santé et les biens, et les risques de décès et de destruction que nous associons habituellement à la pollution, il est plus facile de comprendre pourquoi les juges ont tendance à infliger les peines les moins sévères. Vu notre ignorance inévitable quant à la gravité potentielle de risques qui nous paraissent aujourd'hui minimes, il importe de considérer tous les actes de pollution comme des infractions graves. Mais c'est précisément en raison de notre inconscience écologique et du manque de connaissances scientifiques qui nous empêche de prédire les effets à long terme d'une exposition de plus en plus fréquente à des contaminants que les juges, forcés qu'ils sont de déterminer la peine d'après les éléments de preuve présentés, ne sont pas enclins à faire un lien entre l'infraction banale sur laquelle ils doivent se prononcer et les conséquences à long terme qu'elle pourrait avoir sur la santé des personnes et sur la qualité de l'environnement.

Bien que des préjudices tels qu'une perte de jouissance de certains biens ou une entrave à la gestion normale des affaires ne soient pas suffisamment graves pour donner lieu aux amendes les plus lourdes, ils devraient néanmoins être punis sévèrement. Certes, il convient d'opposer de tels intérêts à la nécessité de protéger l'industrie et le commerce et à la quasi-impossibilité d'éliminer toutes les formes de pollution générées par nombre d'industries et de commerces, mais il ne faut pas oublier que pour le simple citoyen, sa maison, sa résidence secondaire, sa voiture et, s'il travaille à son compte, son entreprise, constituent les plus gros investissements de sa vie. Comme il doit souvent emprunter de l'argent pour financer ses achats, il se voit obligé d'en répartir le paiement sur plusieurs années et, en fin de compte, ses biens lui auront coûté plusieurs fois leur prix d'achat. Quant à l'entrepreneur, il peut investir plus dans son entreprise que dans sa maison, et son bien-être est fonction de la santé de son entreprise. Tout acte de pollution qui empêche une personne de continuer à exploiter son entreprise constitue une atteinte grave à ses droits. Toute

entrave à ces aspects importants de la vie quotidienne, même lorsqu'il s'agit d'une simple nuisance plutôt que de dommages à la santé ou de bouleversements économiques, ne devrait pas être considérée comme un incident banal.

Il faut également reconnaître que certains malaises comme l'irritation des yeux, des oreilles, du nez et de la gorge, les rhumes chroniques et les insomnies qui sont reliés à une exposition temporaire à de petites quantités de produits chimiques divers, constituent peut-être une mise en garde contre les dangers insoupçonnés qui guettent les personnes exposées à ces produits. Bien qu'il soit impossible de prouver que telle infraction contre l'environnement est nuisible à la santé, il ne faut pas écarter la possibilité que certains malaises soient l'indice d'une atteinte réelle ou potentielle à la santé. Dans le cadre du processus de détermination de la peine, c'est maintenant qu'il faut agir, malgré l'incertitude de nos connaissances actuelles, afin de protéger les générations futures.

Les activités qui contribuent de plus en plus rapidement à la détérioration graduelle de l'environnement doivent être prises au sérieux, même lorsqu'elles ne semblent pas porter atteinte directement à des intérêts individuels. Chaque pollueur doit assumer sa part de responsabilité à l'égard des dommages ultimes si l'on veut prévenir, par l'intimidation, toute destruction éventuelle qui porterait atteinte aux intérêts de l'homme.

En créant des infractions pour lesquelles il est possible d'être condamné même en l'absence de *mens rea* ou de dommages réels, nous avons rendu la justice aveugle à toutes ces considérations. Pourtant, nous sommes les premiers à demander aux tribunaux d'ouvrir les yeux au moment du prononcé de la sentence, de tenir compte de tous ces éléments et de soupeser les intérêts contradictoires en cause, même en l'absence de points de repère.

Il n'est donc pas étonnant que les tribunaux éprouvent de la difficulté à imposer des peines appropriées. En effet, la gamme des différentes infractions en matière d'environnement englobe toutes les variables susmentionnées, et il arrive souvent que l'ensemble des infractions se retrouvent dans une seule et même disposition. Voici, par exemple, le texte de l'article 13 de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario :

> 13. (1) Par dérogation à toute autre disposition de la présente loi ou des règlements, nul ne doit déposer, répandre ou écouler un agent de contamination dans l'environnement naturel ou l'y ajouter ou permettre de faire en sorte que cela se fasse, lorsqu'un tel acte
>
> a) cause ou peut vraisemblablement causer une dégradation de la qualité de l'environnement naturel pour ce qui est de tout usage que l'on peut en faire;
>
> b) cause ou peut vraisemblablement causer du tort ou des dommages à des biens, des végétaux ou des animaux;
>
> c) nuit ou peut vraisemblablement nuire ou causer des malaises importants à quiconque;
>
> d) exerce ou peut vraisemblablement exercer une influence nuisible sur la santé de quiconque;
>
> e) porte atteinte ou peut vraisemblablement porter atteinte à la sécurité de quiconque;
>
> f) rend ou peut vraisemblablement rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l'usage de l'homme,

[TRADUCTION]

g) cause ou peut vraisemblablement causer une perte de la jouissance normale des biens; ou

h) nuit ou peut vraisemblablement nuire à la gestion normale des affaires[7].

Cette disposition couvre différentes catégories de conséquences, et elle englobe en plus, dans chaque catégorie, toute une série d'effets secondaires. Par ailleurs, hormis le paragraphe (2) de cet article, qui crée une exception dans le cas des déchets d'animaux éliminés conformément aux pratiques normales en usage dans les exploitations agricoles (autrement dit, les odeurs qui émanent des exploitations agricoles et qui peuvent être désagréables pour les habitants des régions rurales), cette disposition ne fait aucune distinction entre les sources, les fins et les lieux des rejets de substances nuisibles.

Voici un autre exemple. Il s'agit de l'article 20 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec :

Nul ne doit émettre, déposer, dégager ou rejeter ni permettre l'émission, le dépôt, le dégagement ou le rejet dans l'environnement d'un contaminant au-delà de la quantité ou de la concentration prévue par règlement du gouvernement.

La même prohibition s'applique à l'émission, au dépôt, au dégagement ou au rejet de tout contaminant, dont la présence dans l'environnement est prohibée par règlement du gouvernement ou est susceptible de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, de causer du dommage ou de porter autrement préjudice à la qualité du sol, à la végétation, à la faune ou aux biens.

Pour la plupart de ces infractions, la loi ne prévoit que l'imposition d'une amende. Mais lorsqu'une infraction englobe autant d'activités, de conséquences et de degrés de responsabilité, l'imposition d'une amende seule n'est peut-être pas le remède qui convient le mieux dans toutes les circonstances. Supposons que les amendes prévues par la loi varient entre 1 $ et 5 000 $ pour une première infraction, comme c'est le cas dans la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario. Une telle fourchette des amendes pose de nombreuses difficultés. Lorsqu'une infraction peut comporter de nombreux degrés de gravité sur les plans de l'intention et des conséquences, mais que les amendes imposables ne peuvent varier qu'à l'intérieur d'une seule fourchette, celle-ci peut être à la fois trop large et trop étroite. Trop large parce que les amendes maximums sont disproportionnées eu égard aux ressources pécuniaires limitées de la plupart des contrevenants et au peu de gravité des infractions mineures. Trop étroite, parce qu'elle ne reflète pas la fortune considérable dont disposent certains contrevenants, ni le caractère très répréhensible de certaines infractions flagrantes.

Bien souvent, une seule et même disposition législative vise toute la gamme des causes et des conséquences des actes de pollution et comporte un seul éventail d'amendes. C'est le premier dilemme avec lequel les juges sont aux prises. Le législateur n'a pas tenté de décomposer les comportements généraux érigés en infraction dans la disposition, en vue de définir des infractions distinctes selon les divers degrés de gravité de la faute. Il n'a pas non plus établi diverses fourchettes de mesures sentencielles en fonction de la gravité des violations et de la capacité de payer des contrevenants. En somme, les amendes sont beaucoup trop sévères lorsqu'il s'agit de contraventions mineures et de contrevenants qui n'ont pas les moyens de les

payer, et beaucoup trop légères dans le cas des infractions graves et des contrevenants fortunés.

Les tribunaux se trouvent aux prises avec un deuxième dilemme puisque la grande majorité des fuites ou émanations de produits polluants et des autres formes de pollution (1) sont accidentelles, (2) n'ont que peu ou n'ont pas d'effets à long terme qui puissent être prouvés sur la santé des êtres humains ou sur la qualité de l'environnement et (3) sont causées par des particuliers ou des petites entreprises dont les ressources pécuniaires sont limitées.

Il est alors difficile d'infliger les peines maximums fixées par les législateurs fédéral ou provinciaux. Il se peut que les politiciens aient établi ces peines sévères pour montrer à leurs électeurs que la protection de l'environnement leur tient à cœur. Ou peut-être a-t-on voulu rappeler que *certains* actes de pollution sont commis intentionnellement et sont extrêmement dangereux ou nuisibles. Toutefois, ces peines ne reflètent pas toujours la réalité ou les faits sur lesquels les tribunaux doivent se prononcer. Par conséquent, les tribunaux ont raison de ne pas imposer l'amende maximum dans de tels cas. Malheureusement, cela contribue également à accentuer l'impression qu'a le public que les pollueurs s'en tirent à bon compte.

Un troisième problème découle du fait que l'imposition d'une amende, assortie ou non d'une peine d'emprisonnement, ne permet pas d'atteindre les buts de la sanction pénale que nous avons définis. Bien qu'elles puissent constituer une sanction appropriée d'une conduite passée, les amendes ne conviennent pas dans le cas d'un problème persistant, d'un riche contrevenant pour qui les amendes actuelles n'ont aucune conséquence économique importante, d'un contrevenant qui n'a pas les moyens de payer une forte amende, ou de celui qui a soustrait les actifs et les revenus de son entreprise à l'application de la loi, ni lorsque les actes de pollution sont une conséquence inévitable des moyens de production.

Dans une large mesure, ce problème tient au fait que les infractions écologiques correspondent rarement à l'idée que l'on se fait du «crime» proprement dit, et que la plupart des pollueurs sont des entrepreneurs de la classe moyenne et des personnes morales, principalement des sociétés commerciales. Ainsi, le droit de l'environnement est un microcosme où se retrouvent toutes les questions controversées de l'heure ayant trait à la façon la plus juste et efficace de punir les crimes économiques et financiers (la délinquance «en col blanc»).

Enfin, ces questions font ressortir d'énormes difficultés conceptuelles qui méritent notre attention. D'une part, les principes applicables en matière de détermination de la peine, les facteurs qui entrent en ligne de compte et la pertinence de ces principes et de ces facteurs ne font pas l'unanimité. D'autre part, il n'est pas certain que l'on doive distinguer les infractions qui sont qualifiées de «criminelles» (quelle que soit la signification de ce terme) des infractions réglementaires dans l'application des principes et des critères de la détermination de la peine. Par exemple, peut-on dire, à l'instar de certains observateurs, que la dissuasion est incompatible avec le châtiment? Le châtiment favorise-t-il la resocialisation des pollueurs et a-t-il sur eux un effet dissuasif? Doit-on tenir compte des victimes et, le cas échéant, déterminer l'importance qu'il convient de leur accorder selon qu'il s'agit d'une infraction «criminelle» ou d'une infraction «réglementaire»?

La criminologie et la science juridique se préoccupent beaucoup de ces questions. En matière d'environnement, les tribunaux se contentent généralement de déclarer qu'ils fondent leurs sentences sur le principe de la «dissuasion», mais ils ne se donnent pas la peine d'aller plus loin. Pourtant, les principes fondamentaux retenus permettent de déterminer si les buts visés par les poursuites ont été atteints, à savoir la prévention et la diminution de la pollution, la restauration de l'environnement, l'indemnisation des victimes et l'infliction de peines aux contrevenants.

La présente étude donne un aperçu de l'évolution de la jurisprudence en matière de détermination de la peine. Elle contient également des propositions de réforme. Dans la première partie, nous examinons les principes auxquels on a actuellement recours en matière d'imposition d'amendes, ainsi que certains facteurs dont les juges tiennent compte en déterminant les peines. Nous verrons comment les tribunaux appliquent ces principes et tiennent compte de ces facteurs et nous en discuterons l'opportunité. La deuxième partie traite de la disponibilité et de l'utilité de certaines mesures sentencielles qui existent à l'heure actuelle, mais auxquelles on a très peu recours, à savoir diverses fourchettes d'amendes applicables en fonction des circonstances, les ordonnances de probation, de restitution ou d'indemnisation et les cautionnements d'exécution.

Nous arrivons à la conclusion qu'il importe d'établir des peines et des mesures sentencielles plus variées de manière à refléter la diversité des infractions et des contrevenants visés par la législation en matière d'environnement. Mentionnons au départ que dans l'ensemble, la révision des principes de détermination de la peine ne semble pas reposer sur une réforme du droit substantif[8]. Ainsi, il ne nous paraît pas nécessaire d'ériger en infractions distinctes les actes commis intentionnellement et les actes commis accidentellement, ou les actes comportant des risques élevés et les actes comportant peu de risques, pour que les dispositions relatives aux sanctions reflètent les divers degrés de responsabilité, de risques et de dommages. En outre, quel que soit l'avantage d'incriminer certaines conduites pour des motifs qui n'ont rien à voir avec la rationalisation des mesures sentencielles, il semble que rien ne s'oppose à ce que toute la gamme des mesures sentencielles disponibles soit insérée dans les lois provinciales ou fédérales relatives au bien-être public. Du reste, il est peu probable que le fait de classer une infraction comme étant criminelle aura pour effet d'élargir l'éventail des mesures sentencielles[9]. En fait, le contraire peut aussi être vrai. D'aucuns pourraient affirmer que le choix des mesures est plus grand dans le cas des délits civils et des infractions réglementaires que dans celui des infractions criminelles, mais tout porte à croire que les deux types d'infractions peuvent être assortis du même régime de peines.

PARTIE I

Examen des principes actuels en matière de détermination des peines

I. Les principes et objectifs généraux

Malgré l'abondance et la qualité des écrits théoriques consacrés à l'étude de la détermination de la peine, les principes que suivent ou que devraient suivre nos tribunaux ne font pas encore l'unanimité. Comme le fait remarquer sir Rupert Cross :

> [TRADUCTION]
> ... l'attitude du tribunal peut souvent être fondée sur toutes les théories de la peine; dans certains cas, la peine imposée ne se trouve que dans l'application d'une seule théorie, mais plus souvent qu'autrement, la décision repose sur toute une variété de motifs, dont la plupart constituent en fait des «expédients»[10].

Il ressort de la jurisprudence que la sanction pénale vise avant tout quatre objectifs: la protection de la société, la répression ou punition, la réinsertion sociale ou resocialisation, et la dissuasion ou intimidation[11].

Certains juristes se sont demandés si tous ces objectifs sont valables et s'il existe un moyen de les concilier. Si ces objectifs sont tous valables mais incompatibles, lesquels choisir ou comment les concilier? L'un des enjeux est de savoir si le processus de détermination de la peine procède avant tout d'impératifs «moraux» ou «utilitaires». Autrement dit, la sanction pénale est-elle fonction du degré d'intensité de la réprobation sociale attachée à l'infraction visée, ou de la nécessité de diminuer la récidive? La question est extrêmement complexe dans le cas des infractions écologiques, où les valeurs que l'on cherche à protéger sont nombreuses et variées, où la détermination des sanctions pénales applicables comporte souvent la recherche d'un équilibre entre des intérêts et des valeurs contradictoires mais néanmoins légitimes, et où la gravité de l'infraction est un facteur impondérable, car il nous est difficile d'établir ce qui convient le mieux à la société et de comprendre les causes et les effets des atteintes à l'environnement et à la santé.

Sans tenir compte de ce que *devraient être* ces objectifs, il ressort clairement des décisions rendues en matière d'environnement et en matière pénale que les tribunaux reconnaissent expressément ou implicitement chacun de ces objectifs.

A. La protection de la société

Les expressions «protection du public» et «protection de la société» ont de nombreuses acceptions en droit pénal. La protection du public est parfois considérée comme un principe parmi d'autres dont l'importance n'est pas primordiale. Cette expression sert parfois à désigner l'ensemble des principes en vertu desquels les intérêts de la société passent avant le bien-être du contrevenant, lorsque ces deux valeurs sont incompatibles. La protection du public, tout comme la finalité du processus de détermination de la peine, doit passer par la réalisation d'objectifs secondaires comme la punition, la réinsertion sociale et la dissuasion.

En droit de l'environnement aussi, il est souvent question de la nécessité de protéger la société[12]. Ce principe a été reconnu à partir du moment où les tribunaux ont jugé opportun de rappeler aux contrevenants que, malgré l'absence de la violence et de la turpitude morale que l'on associe habituellement à la criminalité, les infractions écologiques sont graves parce qu'elles compromettent la santé et la sécurité du public. Comme le fait remarquer le juge Dickson dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* :

> Les infractions contre le bien-être public mettent manifestement en jeu des valeurs contradictoires. Il est essentiel que la société maintienne, par un contrôle efficace, un haut niveau d'hygiène et de sécurité publiques. Il faut sérieusement prendre en considération les victimes potentielles de ceux qui exercent les activités comportant un danger latent[13].

Le juge ajoute plus loin :

> Les infractions contre le bien-être public impliquent que la protection des intérêts publics et sociaux passe avant celle des intérêts individuels[14].

En reconnaissant la primauté des intérêts publics sur le droit des individus d'exercer des activités préjudiciables à l'environnement, l'arrêt *Sault Ste-Marie* reconnaît implicitement l'applicabilité de ce principe au processus de détermination de la peine.

Selon la jurisprudence, la pollution, en particulier, est [TRADUCTION] «sans doute l'un des plus grands fléaux qu'ait jamais connu l'humanité[15]» et constitue [TRADUCTION] «une menace très grave[16]». Pour sa part, le juge Stuart affirme : [TRADUCTION] «Les infractions liées à la pollution doivent être traitées comme des infractions criminelles et non comme de simples violations d'une norme règlementaire qui seraient moralement neutres[17]».

Ainsi, en matière d'environnement, le principe voulant que la protection de la société prime les intérêts individuels vient confirmer la gravité de l'infraction et empêcher qu'elle ne soit banalisée. En outre, il justifie le recours à des mesures fortement dissuasives et l'imposition de sanctions rigoureuses, quelle que soit la gravité du préjudice causé aux personnes ou à l'environnement. La principale qualité de ce principe est de valoriser une éthique de l'environnement suivant laquelle [TRADUCTION] «les divers éléments de la communauté terrestre [ont] une valeur intrinsèque, et non pas seulement une valeur contributive ou utilitaire[18]». Par conséquent, [TRADUCTION] «les décisions ont une portée plus significative compte tenu de la capacité accrue des êtres humains de modifier leur environnement, comme

en témoignent la pollution de l'air, de l'eau, de la mer et de la terre[19]». En supposant que les intérêts de la société priment les intérêts individuels, surtout si les intérêts de la société sont considérés sous un angle écocentrique plutôt que sous un angle anthropocentrique, l'imposition de peines plus sévères paraît justifiée. Cela oblige le contrevenant à assumer la responsabilité d'une partie importante de l'ensemble des dommages pouvant résulter des conduites analogues à la sienne, même si cette dernière, prise isolément, n'est pas la cause directe des dommages ultimes. On reconnaît ainsi qu'en matière de dégradation de l'environnement, la totalité des dommages causés est supérieure à la somme des éléments qui la compose.

La décision *R.* v. *Krey* illustre bien l'application de ces principes. Krey, un jeune Allemand, s'était rendu dans les Territoires du Nord-Ouest dans le seul but de prendre des œufs dans le nid d'un gerfaut, une espèce d'oiseau en voie de disparition, afin de les vendre en Allemagne où il pouvait obtenir 80 000 $ pour chaque œuf. L'exportation de ces œufs est une infraction prévue par la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*. Au terme d'une analyse portant sur les principes applicables en matière de détermination de la peine dans le cas d'une infraction [TRADUCTION] «qui, pour certains, ... ne laisse aucune victime et n'a aucun impact véritable sur la communauté», le juge Bourassa a déclaré ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> La victime ... c'est la communauté de Frobisher Bay, ou plutôt, la collectivité des Territoires du Nord-Ouest, voire même le monde entier. En voulant exporter ces œufs, l'accusé contribuait au déclin d'une espèce d'oiseau qui était déjà en voie de disparition. La faune est non seulement un élément essentiel de la vie dans les Territoires du Nord-Ouest, mais également une richesse naturelle précieuse qu'il importe de conserver, de contrôler, de protéger et de développer afin qu'elle puisse continuer de subvenir aux besoins du corps et de l'esprit des générations futures, comme cela a été le cas dans le passé.
>
> ... [cette infraction] a un impact direct sur la communauté et lui cause un tort considérable, car elle compromet les chances de survie de cette espèce et nous prive de la possibilité de la contempler et de partager avec elle notre univers. C'est contre un tel dommage que cette loi est censée nous protéger[20].

Le prévenu fut condamné au paiement d'une amende de 3 000 $ et à une peine d'emprisonnement de quatre mois[21].

Ainsi, pour certains tribunaux, la protection du public serait la finalité du processus de détermination de la peine en droit de l'environnement. Il est vrai que cette fonction de protection du public est d'un faible secours lorsqu'il s'agit de déterminer le montant de l'amende, mais il ne fait pas de doute que les juges en tiennent compte.

B. La répression ou la punition

La répression en tant qu'objectif des sanctions pénales a été, pendant une certaine période, quelque peu dédaignée par les tribunaux[22]. S'ils l'ont carrément rejetée au sens d'une vengeance expiatoire, la répression joue encore un rôle de premier plan dans le processus de détermination de la peine, car nombreux sont les

tribunaux qui considèrent toujours les sanctions pénales comme l'expression de la réprobation collective de certains comportements.

À cet égard, la façon dont Weiler définit la fonction punitive des sanctions pénales reflète dans une large mesure les idées actuelles sur les crimes économiques en général, et sur les crimes commis dans le cadre des grandes entreprises en particulier :

> On a établi un système de règles et il est nécessaire de s'y conformer massivement si l'on veut que la collectivité mène une vie convenable. Pourtant, certains sont tentés d'agir suivant leurs propres intérêts, même si cela nécessite l'infraction de ce système de lois. Le châtiment est nécessaire pour priver le contrevenant de son enrichissement injuste et afin de promouvoir un équilibre juste en faveur de ceux qui ont délibérément respecté les lois. Je crois que c'est le fait de reprendre au délinquant son profit supplémentaire plutôt que le soulagement du sentiment d'injustice de ses victimes qui est le support rationnel le plus important de la justification rétributive de la peine[23].

Le principe de la punition, tel qu'envisagé par Weiler, semble équitable à l'égard non seulement de l'accusé, mais aussi de ses concurrents qui ont dû supporter le coût d'une conduite responsable.

Si, comme l'a laissé entendre la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, la différence essentielle entre les infractions criminelles et les infractions contre le bien-être public réside dans le fait que les premières sont moralement répréhensibles alors que les secondes ne sont prohibées qu'en raison de leurs conséquences éventuelles, la fonction répressive a encore un rôle à jouer dans ce contexte de «justice distributive» en matière d'infractions contre l'environnement et contre le bien-être public en général. De plus, contrairement à l'arrêt *Sault Ste-Marie*, nous croyons, à l'instar de Weiler, que ces deux types d'infractions ne sont pas séparés par des cloisons étanches, mais qu'ils s'imbriquent de façon imperceptible. Il existe une hiérarchie de l'immoralité dans laquelle les agissements moralement insupportables et les agissements moralement neutres se trouvent aux deux extrémités. De façon générale, les actes irréfléchis commis contre l'environnement, même ceux qui sont le résultat d'un accident, qui ne portent pas atteinte à des victimes identifiables et qui ont été commis dans la poursuite d'objectifs économiques ou publics légitimes, évoquent la même répugnance ou les mêmes sentiments de réprobation et d'indignation que les juristes associent à la conduite criminelle.

Dès lors, il semble que la punition et la réprobation des agissements prohibés devraient peser assez lourdement dans la détermination des peines à infliger aux délinquants écologiques. Certes, leur rôle est moins important que celui de la dissuasion dans le cas des infractions contre le bien-être public, car l'immoralité de l'infraction écologique est beaucoup moindre que celle de l'infraction criminelle et, par voie de conséquence, l'objectif de la prévention est d'un plus grand intérêt. Mais comme il s'agit d'une conduite prohibée assortie d'une sanction pénale et que les autorités préfèrent assurer l'application du droit en intentant des poursuites qu'en exerçant des pressions morales ou en prenant des mesures administratives, il semblerait que le public estime que l'agissement visé est moralement répréhensible en général et dans l'espèce. Si la dissuasion était le seul but visé, il suffirait, dans la plupart des cas, de prendre des mesures administratives.

Les tribunaux font souvent mention de la fonction punitive de la sanction pénale dans les affaires d'évasion fiscale, où elle constitue l'un des principaux critères de détermination de la peine[24]. Dans l'arrêt *R.* v. *B.L.S. Sanitation*, le juge Loukidelis semble faire intervenir cette notion dans une affaire de pollution :

> [TRADUCTION]
> L'inobservation des dispositions de la loi fera l'objet d'une peine proportionnée au préjudice causé au public par suite de la violation des clauses énoncées dans le permis et des dispositions de la loi[25].

Après l'arrêt *Sault Ste-Marie*, lorsque la Cour d'appel de l'Ontario a tenté pour la première fois d'énoncer les principes de détermination de la peine en matière d'infractions contre le bien-être public, elle a retenu la réprobation sociale comme l'un des éléments de la dissuasion. Dans l'affaire *R.* v. *Cotton Felts Ltd.*, un appel interjeté d'une sentence imposée relativement à une contravention à une règle de sécurité au travail, la Cour d'appel a souligné que la fonction de dissuasion avait un côté négatif et un côté positif. Le côté négatif consiste à [TRADUCTION] «assurer l'observation de la loi par la menace du châtiment». Par ailleurs, le côté positif, en particulier dans le cas des infractions contre le bien-être public, réside dans [TRADUCTION] «l'accent qui est mis sur la réprobation collective d'une conduite jugée répréhensible[26]».

Le concept de la punition peut également s'entendre dans un autre sens. Les notions d'équilibre et de resocialisation impliquent que le contrevenant ne devrait recevoir que la peine qu'il mérite. Une infraction peu répréhensible ne devrait pas être sanctionnée sévèrement. Autrement dit, la fonction répressive (l'aspect «moral») peut réduire l'importance de la fonction dissuasive (l'aspect «utilitaire»).

Lorsque les tribunaux parlent de dissuasion et n'imposent que des amendes insignifiantes, il y a tout lieu de croire que leurs décisions sont motivées par cet aspect de la fonction punitive. Comme de nombreuses contraventions causent peu de dommages immédiats, les amendes infligées seraient plus sévères si la primauté était donnée à la dissuasion, compte tenu des conséquences éventuelles et du degré de risques que comportent les infractions écologiques. Elles seraient par contre moins sévères si les tribunaux mettaient l'accent sur les effets immédiats de l'infraction. Ainsi, dans l'affaire *United Keno*, lorsque le juge Stuart affirme que [TRADUCTION] «si la preuve fournie par la compagnie, et en aucune façon contredite, démontre que peu de dommages ont été causés à l'environnement, il n'y a pas lieu d'imposer une sanction sévère[27]», il semble accorder plus d'importance à la fonction punitive de la sanction qu'à sa fonction dissuasive. Il faut toutefois souligner que dans cette affaire, le juge a reproché à la Couronne son incapacité à prouver tout dommage réel ou potentiel.

Nul doute que c'est dans le droit de l'environnement que se manifeste le plus nettement ce conflit entre les fonctions punitive et dissuasive de la peine. C'est pourquoi les distinctions faites par certains auteurs comme Franson et Keyserlingk méritent toute notre attention.

C. *La réinsertion sociale et la rééducation*

Suivant la théorie utilitaire de la peine, en vogue à l'heure actuelle en matière pénale, il serait possible de réduire la criminalité en rééduquant les criminels. Dans le cas où le contrevenant est un particulier, cet objectif paraît plein de bon sens. Cependant, comme cela arrive souvent avec les questions qui semblent fondées sur le bon sens, une analyse plus approfondie révèle que la rééducation ou resocialisation des criminels donne rarement les résultats escomptés.

Comme personne n'a jamais prétendu que les pollueurs agissent d'une façon compulsive ou maladive, il est peu probable que la rééducation ait un rôle important à jouer en matière d'environnement. La pollution résulte habituellement de l'exploitation d'entreprises industrielles et peut être attribuée soit à la négligence, soit à une tentative de réduire les coûts ou de maximiser les profits. Quoi qu'il en soit, la rééducation par des moyens thérapeutiques ou psychanalytiques ou par la motivation nous paraît impossible. L'objectif en matière d'environnement, rappelons-le, n'est pas la rééducation mais la dissuasion.

Par ailleurs, il serait illusoire de penser que l'on puisse rééduquer les sociétés commerciales qui commettent des actes de pollution. Dans l'affaire *R.* v. *United Keno Hill Mines Ltd.*, le juge Stuart faisait état de la nécessité de resocialiser les entreprises pollueuses[28], comme l'avait fait le juge Dnieper de la Cour provinciale de l'Ontario dans l'affaire *R.* v. *The Canada Metal Co. Ltd.*[29]. La question de la réinsertion sociale des entreprises a également été soulevée dans le domaine du droit commercial. Citons notamment l'arrêt *R.* v. *Hoffmann-La Roche Ltd. (No. 2)*[30]. Cet objectif nous paraît toutefois curieux. En effet, le profit est la raison d'être d'une société commerciale. Dès lors, comment peut-on «guérir» la compulsion de profit qui l'anime? Les sociétés commerciales ne peuvent faire l'objet de tests psychologiques ou suivre un traitement psychiatrique, ni recevoir une formation professionnelle ou une instruction religieuse, ni devenir membres d'une association comme les Alcooliques anonymes. À quoi songent donc les tribunaux lorsqu'ils abordent la question de la rééducation ou de la resocialisation des personnes morales? Certes, on peut forcer ou contraindre celles-ci de modifier leurs politiques et leurs méthodes ou encore de réviser leurs programmes et leurs structures. De même, la réduction réelle ou éventuelle des revenus d'une entreprise, par le moyen d'amendes, d'ordonnances judiciaires ou de la mauvaise publicité qui en résulte, peut l'inciter à procéder à de tels changements. Il est possible également d'encourager les sociétés commerciales à exploiter leurs entreprises en assumant davantage leurs responsabilités à l'égard de la collectivité. Mais les facteurs qui influent sur la réinsertion sociale des personnes physiques, comme l'âge, le milieu familial, les amis, les conseillers, la stabilité d'emploi et les mauvais antécédents ont peu ou pas de pertinence dans le cas des personnes morales. Si tant est que l'on doive appliquer le concept de la réinsertion sociale aux entreprises, il importe de fournir plus d'explications et de définitions qui ne relèvent pas de l'anthropomorphisme. Il est à peu près certain que dans le cas des infractions écologiques et économiques, la réinsertion sociale constitue, pour les tribunaux, un synonyme de la dissuasion. Il est sans doute possible de dissuader les

entreprises de polluer, à défaut de pouvoir les «resocialiser». Ainsi, nous recommandons que l'emploi du terme réinsertion sociale et des autres termes analogues soit limité aux personnes physiques. Nous pensons en outre qu'il convient d'étudier les moyens de corriger, de réformer ou de modifier les agissements des personnes morales dans le contexte de la dissuasion.

D. La dissuasion

Les cours supérieures de juridiction criminelle ont longtemps considéré la dissuasion comme le premier objectif de la sanction pénale. Bien que de plus en plus de personnes soient sceptiques sur la vertu dissuasive de la sanction pénale en matière de crimes de violence, on s'entend généralement sur l'efficacité de son pouvoir d'intimidation collective et individuelle dans le cas des crimes économiques. Le but ultime d'une société commerciale est la recherche du profit. Les entreprises retiennent les services d'experts-comptables et de conseillers juridiques qui sont chargés d'examiner les conséquences financières de toutes les décisions prises par la direction. Les administrateurs d'une société n'autoriseront certainement pas l'exercice d'activités susceptibles d'entraîner des pertes. Sur le plan économique, les sociétés commerciales n'agissent de façon irrationnelle que dans la mesure où elles sont mal dirigées[31].

Dans les domaines analogues des «crimes d'affaires» et de la fraude fiscale, la dissuasion reste la principale fonction de la peine infligée. Sur ce point, il convient de souligner que l'on retrouve dans plusieurs arrêts[32] le commentaire selon lequel l'amende [TRADUCTION] «ne doit pas être confondue avec un droit de permis, c'est-à-dire avec une chose susceptible d'être considérée comme un coût probable ou un risque inévitable découlant de la façon particulière dont l'entreprise est gérée[33]». Cette opinion a été exprimée de façon plus catégorique par le juge Linden dans l'affaire *Hoffmann-La Roche* : [TRADUCTION] «... l'amende doit avoir un caractère très cinglant. Une simple réprimande ne suffit pas[34]». En matière commerciale, les tribunaux ne font pas que de la simple rhétorique. À preuve les amendes de six ou de sept chiffres.

Dans le cas des infractions écologiques, les amendes imposées par nos tribunaux sont, semble-t-il, moins sévères; cela tient notamment au fait que les maximums prévus par la loi sont moins élevés. Il ne fait toutefois pas de doute que la fonction dissuasive de la peine occupe une place aussi importante. La déclaration suivante, faite par le juge Morrow dans l'affaire *R.* v. *Kenaston Drilling (Arctic) Limited*, a été maintes fois citée en matière d'environnement :

> [TRADUCTION]
> Lorsque les retombées économiques sont assez intéressantes, les personnes ou les sociétés ne sont tentées de courir un risque qu'en toute connaissance de cause. Il me semble que les tribunaux devraient faire preuve de fermeté à l'égard des infractions de cette nature, et mettre l'accent sur la dissuasion, c'est-à-dire sur le coût élevé des peines, dans l'espoir que personne ne prenne des risques parce que cela pourrait s'avérer trop coûteux[35].

Dans l'affaire *Le procureur général de la province de Québec* c. *New Brunswick International Paper Co.*, le juge Cloutier affirme que l'exemplarité est un critère prédominant dans la détermination d'une sentence en application de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. Il ajoute : «[S]ans que le contrevenant devienne pour autant un bouc émissaire, la peine doit être de nature à dissuader ceux qui pourraient être tentés d'imiter sa conduite répréhensible[36]».

Même lorsqu'il n'y a, dans un domaine donné, qu'une seule autre personne ou entreprise susceptible de commettre le même type d'infraction, il importe d'envisager la dissuasion générale au regard de l'objet global de la loi, à savoir la lutte contre les différents types de pollution[37]. Lorsque l'amende maximum prévue n'est pas suffisante pour dissuader un contrevenant riche et puissant de récidiver, son imposition peut néanmoins être justifiée en raison des pressions dissuasives qu'elle peut exercer sur d'autres contrevenants[38]. Il s'agit d'un principe important, car les amendes maximums prévues pour bon nombre d'infractions liées à la pollution sont manifestement trop clémentes pour avoir une incidence sur la situation financière des grandes sociétés commerciales. Toutefois, comme la grande majorité des pollueurs sont des petites entreprises[39], plus important encore est le fait qu'en pratique, dans un but d'intimidation, les tribunaux imposent parfois des amendes sévères à des petites entreprises à qui ils seraient normalement tentés d'infliger des amendes légères ou insignifiantes, vu leur capacité limitée de payer ou l'inutilité apparente de la dissuasion spécifique dans leur cas.

Toutefois, il ressort des principaux énoncés de principe concernant la dissuasion, dans la jurisprudence en matière d'environnement, pour ne nommer que celle-là, que les tribunaux limitent la mesure dans laquelle la dissuasion générale peut l'emporter sur les considérations propres à chaque espèce. La primauté du principe de la dissuasion n'implique pas pour autant que les autres principes doivent être négligés : [TRADUCTION] «[P]our avoir un effet de dissuasion générale, les amendes imposées ... doivent être sévères et exemplaires, *mais pas écrasantes ou vindicatives*[40]». Ainsi, les tribunaux semblent appliquer le principe de la dissuasion, tout en l'atténuant par le recours au principe de la proportionnalité de la peine, même si celui-ci n'est mentionné que très rarement.

Pour identifier les principes qu'il convient d'appliquer dans la détermination de la peine, il importe, du moins théoriquement, de décider si les infractions contre l'environnement sont des actes intrinsèquement immoraux ou s'ils sont simplement interdits en raison des conséquences qui pourraient éventuellement en découler. Si l'élément moral n'entre pas en jeu, il s'ensuit peut-être que le processus de détermination de la peine a une fin purement utilitaire et que les tribunaux devraient insister plus encore sur la dissuasion générale et moins se soucier de l'étendue des dommages qui ont été causés ou qui auraient pu l'être. Cette conclusion pourrait s'imposer advenant l'application des principes énoncés dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* au processus de détermination de la peine. Si les infractions contre le bien-être public ont été définies en vue de favoriser le mieux-être de la collectivité et d'inciter le milieu des affaires à respecter les exigences sociales, et si les intérêts individuels sont subordonnés à ceux de la société, on peut soutenir que la capacité de payer du contrevenant est le seul critère restrictif dont il faudrait tenir compte dans l'imposition d'une peine. Inversement, si les infractions réglementaires comportent

un élément moral, les peines pourraient tantôt être plus sévères qu'il n'est nécessaire pour dissuader le contrevenant de récidiver, en raison du caractère criminel de l'infraction, tantôt être moins sévères qu'il n'est nécessaire aux fins de la dissuasion générale, vu l'absence d'immoralité ou de dommages.

En matière d'environnement comme dans d'autres domaines du droit, la règle fondamentale, c'est que [TRADUCTION] «l'amende, sans être dure, doit être assez sévère pour faire comprendre à tous que l'infraction ne saurait être tolérée. L'amende ne doit pas être perçue comme un simple droit de permis d'exercer des activités illégales[41]».

En fait, le public a souvent l'impression que les amendes imposées par les tribunaux en matière d'environnement équivalent à un «simple droit de permis». Voici pourquoi :

1. Étant donné qu'ils ont de la difficulté à obtenir les renseignements pertinents et à les produire devant les tribunaux, il arrive souvent que les avocats du ministère public ne soient pas en mesure de prouver l'économie ou les profits réalisés en raison de la perpétration de l'infraction, ni les ressources pécuniaires du contrevenant;

2. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'infraction typique contre l'environnement, de même que le contrevenant typique, correspondent rarement à la perception qu'a la société de la pollution et des pollueurs, à savoir une menace globale et des individus sinistres qui agissent en cachette;

3. Presque toutes les amendes maximums prévues sont tellement peu élevées qu'elles n'ont aucun impact économique véritable sur les grandes entreprises, et ne reflètent pas la gravité des actes les plus répréhensibles;

4. L'imposition d'amendes sévères n'est pas toujours le meilleur moyen de dissuasion générale ou spécifique, mais c'est souvent la seule sanction pénale disponible;

5. Les observateurs qui estiment que le fait d'intenter des poursuites a un effet de dissuasion relativement aux infractions «de moyen» sont plus nombreux que ceux qui pensent que les sanctions pénales permettent d'atteindre efficacement l'objectif d'intimidation à l'égard des infractions «de résultat»[42]. Cependant, on connaît mal le rôle que joue la peine dans cette dissuasion ainsi que la nature ou la gravité de la peine qui sont nécessaires pour dissuader les autres de commettre des infractions semblables, sans pour autant que la peine soit indûment sévère. Dans le cas de ces infractions de moyen, la probabilité de poursuites et le choix du moment de l'accusation, du procès et du prononcé de la peine peuvent avoir une incidence aussi grande, sinon plus, que la peine elle-même;

6. Le public ignore souvent les critères qui ont servi à déterminer le montant de l'amende, notamment les dépenses engagées par le contrevenant en vue de prévenir toute récidive ou l'indemnisation volontaire des victimes.

En fait, les opinions diffèrent grandement suivant le point de vue des divers groupes qui s'intéressent au processus de détermination de la peine. Par exemple, un citoyen d'une communauté exposée à un taux élevé de pollution a qualifié l'amende de 17 000 $ infligée à une entreprise de [TRADUCTION] «simple réprimande»[43]. De

même, des travailleurs exposés à des produits chimiques dangereux, dans une affaire où la société contrevenante s'était vue imposer une amende de 14 500 $, se sont dits déçus que les amendes n'étaient pas plus sévères[44]. Ces commentaires recèlent pourtant un fond de vérité. Certes, les tribunaux ne devraient pas se montrer trop sévères, mais ils ne devraient pas non plus être trop indulgents. En effet, une amende de quelques milliers de dollars a peu de conséquences pour une entreprise dont le revenu annuel s'élève à plusieurs millions de dollars et dont l'actif dépasse le milliard.

Par contre, certains défendeurs et leurs avocats prétendent souvent qu'il importe avant tout de mesurer le coût des frais juridiques, qui peuvent largement dépasser le montant de l'amende. Comme les procès en matière d'environnement ont tendance à s'éterniser, de telles affirmations ne sont pas entièrement dénuées de fondement.

D'autres dirigeants d'entreprises considèrent que la mauvaise publicité, les atteintes à l'image de marque de la société et le temps consacré par le personnel aux affaires contentieuses plutôt qu'à des activités génératrices de profits constituent en soi une peine suffisante. C'est probablement ce que laissait entendre J. N. Mulvaney, directeur du contentieux du ministère de l'Environnement de l'Ontario, lorsqu'il a déclaré : [TRADUCTION] «Je pense que la plupart des industries préfèrent éviter les poursuites pour plusieurs raisons, et l'amende n'en est qu'une parmi bien d'autres[45]».

Même les personnes chargées de l'application de la réglementation considèrent parfois que l'amende est superflue si les poursuites ont permis de réduire ou de supprimer les nuisances, par exemple si l'entreprise a installé des systèmes antipollution, a fermé son usine ou a déplacé ses activités polluantes. En fait, elles ont quelquefois l'impression qu'une forte amende peut même être néfaste, en envenimant les rapports déjà tendus entre les dirigeants de l'entreprise et les fonctionnaires des organismes de contrôle ou en privant l'entreprise d'une partie des ressources dont elle dispose pour améliorer la qualité de l'environnement.

Dans une certaine mesure, ces divergences d'opinions sur la pertinence des sanctions pénales actuelles traduisent des points de vue différents sur la nature des infractions réglementaires. Comme le fait remarquer Fisse, [TRADUCTION] «[l]es gens sont portés à considérer les sociétés commerciales contrevenantes non pas comme des entités nuisibles sans âme, mais comme des acteurs responsables qui méritent d'être punis[46]». Les sondages révèlent que pour le public en général, les infractions réglementaires ont un caractère criminel[47]. En revanche, les contrevenants et, dans une certaine mesure, les fonctionnaires chargés de l'application des règlements, estiment que ces infractions sont des actes moralement neutres, assortis d'effets secondaires fâcheux, qui doivent faire l'objet d'un certain contrôle.

En outre, l'inquiétude du public au sujet du manque de sévérité des amendes imposées dénote une croyance générale, profondément ancrée, que les tribunaux sont trop indulgents. Cette croyance est entretenue par la façon tendancieuse et incomplète dont les médias d'information rendent compte des peines infligées[48]. Les infractions écologiques étant, aux yeux du public, à la fois graves et répréhensibles, il est possible que toute sanction autre qu'une amende sévère ou qu'une peine d'emprisonnement soit perçue comme «légère».

Ainsi, l'impression du public que les sanctions en matière d'environnement sont trop clémentes est fondée en partie sur la réalité, en partie sur des opinions fausses. En fait, l'expérience démontre que les contrevenants réagissent souvent aux poursuites intentées contre eux en prenant d'importantes mesures correctives et ce, même lorsqu'ils sont uniquement menacés d'une faible amende. Il est donc permis de supposer que les poursuites judiciaires ont en elles-mêmes un effet dissuasif sur l'auteur de l'infraction. Il est douteux cependant qu'elles aient également un effet de dissuasion générale, et le risque d'encourir des amendes sévères pourrait être un facteur important à cet égard. Que cette supposée indulgence excessive des tribunaux soit réelle ou non, il faudra en tenir compte si l'on veut éviter une érosion progressive du respect des lois relatives à l'environnement et de leur application.

Dans la mesure où ces points de vue discordants traduisent des divergences d'intérêts, ils sont peut-être incompatibles. Par contre, dans la mesure où ils peuvent être conciliés, les moyens suivants pourraient s'avérer efficaces : a) l'éducation de la population, en vue de lui faire comprendre que le quantum d'une amende ne reflète pas nécessairement l'efficacité d'une poursuite; b) l'éducation des juges et des procureurs de la Couronne; c) la révision des dispositions législatives actuelles et l'institution d'amendes plus sévères au besoin; et d) des mesures de substitution innovatrices susceptibles de remplacer les amendes et d'avoir un effet dissuasif plus durable sur les contrevenants.

II. Les critères spécifiques

En matière pénale, les tribunaux ont rarement tenté de préciser les rapports entre les objectifs fondamentaux des sanctions pénales, comme la répression et la dissuasion, ainsi que l'importance relative que l'on doit leur accorder en fonction des circonstances propres à chaque espèce. Cela est encore plus vrai en matière d'environnement. Les tribunaux sont venus à bout de la difficulté d'appliquer des principes abstraits à des cas concrets en énumérant des critères spécifiques de détermination de la peine qui sont censés refléter ces objectifs plus généraux, mais ils n'ont jamais expliqué comment ni pourquoi ces critères se rattacheraient, selon eux, aux objectifs fondamentaux de la peine. À plusieurs reprises, les tribunaux ont tenté d'énumérer ces critères dans la jurisprudence pénale[49], mais ce n'est que récemment qu'ils ont cherché à dresser une «liste» analogue en matière d'environnement[50]. Il convient de souligner qu'en voulant établir des principes généraux et des critères spécifiques, les tribunaux ont reconnu qu'une approche différente est peut-être indispensable en matière d'environnement et que l'applicabilité des principes et des critères traditionnels est peut-être restreinte, surtout lorsque les pollueurs sont des personnes morales.

Nous pensons que dans le domaine de l'environnement, l'examen des critères spécifiques de détermination de la peine énumérés par les tribunaux peut, d'une

façon générale, nous permettre de mieux analyser les motifs de leurs décisions et détecter les faiblesses de leur démarche qu'une étude des postulats qui sous-tendent les énoncés de principes généraux. À part peut-être l'arrêt *United Keno*, les tribunaux ne se sont pas encore intéressés à l'élaboration d'un schème formel et nous n'en proposons aucun dans le présent document. Toutefois, dans les paragraphes qui suivent, nous examinerons les critères qui ont été retenus au gré des circonstances de chaque espèce. Nous décrirons ces critères de détermination de la peine de façon relativement détaillée et nous chercherons à établir leur pertinence et leur utilité dans le contexte du droit de l'environnement pour pouvoir ensuite formuler des recommandations.

A. L'étendue des dommages potentiels et réels

En matière d'environnement, les tribunaux se voient contraints d'imposer des peines en dépit de l'incertitude qui plane au sujet du degré de risques que comporte l'infraction ou de l'étendue des dommages causés, les nuisances pouvant avoir un caractère latent ou cumulatif. Aux prises avec cette incertitude, certains tribunaux n'hésitent pas à infliger des peines sévères, alors que d'autres préfèrent attendre qu'on leur fournisse la preuve de dommages ou de risques importants. Il y a donc lieu de croire que tout dépend de la conscience écologique du juge. La conscience écologique, c'est une capacité de faire abstraction d'intérêts contradictoires manifestes et immédiats comme, par exemple, le droit d'exploiter une entreprise en toute liberté et le droit de jouir d'un bien sans être troublé dans sa jouissance. Elle suppose également une intelligence de l'interdépendance de tous les éléments qui composent l'environnement et la conviction que toute atteinte à l'un de ces éléments, si insignifiante ou si étrangère aux intérêts de l'homme qu'elle puisse sembler, est susceptible de s'aggraver et, à la longue, de réduire la diversité et la vitalité de l'écosystème. Certains juges ont cette conscience écologique, d'autres ne l'ont pas.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, les interdictions légales en matière d'environnement sont tellement variées et l'éventail des dommages éventuels couverts par certaines dispositions est tellement étendu qu'il est parfois malaisé pour les tribunaux de déterminer où se situe exactement une infraction donnée.

Certains tribunaux ont abordé la question sous l'angle de la dissuasion et mis l'accent sur la nécessité d'imposer des sanctions importantes en l'absence de dommages réels. D'autres tribunaux adoptent une approche plus axée sur ce que nous avons appelé la répression ou punition et insistent davantage sur les conséquences de l'infraction, c'est-à-dire les dommages effectivement causés. En l'absence, à long terme, d'un préjudice à la santé, aux biens ou à l'environnement, ils sont peu disposés à imposer des peines sévères.

L'affaire *Kenaston* est la première d'une série de causes où les tribunaux ont mis l'accent sur la nécessité d'imposer des peines sévères malgré l'absence de dommages prouvés. Dans cette affaire, le tribunal a décidé que la justification d'une peine sévère ne réside pas dans les dommages réels mais dans le risque de dommages. Nombreux sont les tribunaux qui favorisent cette approche et qui citent l'arrêt

Kenaston. Dans leurs motifs de décision, les tribunaux font observer que l'existence de dommages réels n'est pas le critère qu'il convient d'appliquer, car nombreuses sont les infractions écologiques dont il ne résulte aucun dommage[51]. La Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest a jugé que l'absence de dommages prouvés [TRADUCTION] «n'est pas un facteur crucial ou déterminant[52]».

Cependant, tout en prétendant tenir compte de l'opinion émise dans l'arrêt *Kenaston* suivant laquelle ce critère [TRADUCTION] «se rapporte davantage aux dommages qui auraient pu être causés qu'aux dommages effectivement causés», plusieurs tribunaux ont hésité à imposer des amendes sévères en l'absence de dommages prouvés[53].

La grande majorité des actes de pollution, rappelons-le, ne causent aucun préjudice important ou permanent à l'environnement ou à la santé humaine, du moins aucun dommage perceptible ou prouvable. Nul doute que cette absence de préjudice immédiat tend à faire diminuer la sévérité des peines. L'expérience démontre que même si les tribunaux passent souvent ce facteur sous silence, l'absence de dommages quantifiables dans les affaires relatives à l'environnement pèse lourdement dans la détermination de la peine.

Dans l'arrêt *United Keno*, le tribunal a confirmé cette nécessité de prouver des dommages en déclarant : [TRADUCTION] «... si la preuve fournie par la compagnie, et en aucune façon contredite, démontre que peu de dommages ont été causés à l'environnement, il n'y a pas lieu d'imposer une sanction sévère[54]». En fait, le tribunal a peut-être avant tout voulu affirmer que la Couronne doit prouver l'existence de dommages potentiels pour que le tribunal puisse neutraliser la preuve de l'absence de dommages réels fournie par la défense. Au Québec, le seul jugement que nous ayons trouvé où le tribunal s'est déclaré compétent pour tenir compte de l'absence des dommages réels à l'environnement dans le prononcé de la peine est la décision rendue par la Cour supérieure dans l'affaire *Piette* c. *Choinière*[55]. Dans d'autres décisions, les tribunaux québécois ont jugé que les dommages réels constituent une circonstance aggravante de l'infraction.

Le facteur dommages comporte trois aspects : l'atteinte à l'intérêt général, les conséquences préjudiciables au voisinage et le coût supporté par la collectivité en raison de la perpétration de l'infraction.

(1) L'atteinte à l'intérêt général

Il est extrêmement difficile de mesurer l'«atteinte à l'intérêt général». Les effets immédiats de la pollution ne sont peut-être pas mesurables. Quant aux effets à long terme, ils ne sont peut-être mesurables que globalement. Un accroissement du taux de cancer dans la population ou une diminution du nombre d'espèces d'animaux marins dans un lac sur une période de plusieurs années sont des exemples de mesure globale des effets de la pollution. Dans certains cas, il est impossible de mesurer les dommages causés. Lorsque l'atteinte à l'environnement est irréversible, comme dans le cas où des contaminants dont les effets délétères persistent indéfiniment sont introduits dans la chaîne alimentaire, chaque acte de pollution contribue à diminuer la qualité de la vie des générations actuelles et futures.

L'équilibre délicat que doivent réaliser les tribunaux consiste à attribuer à chaque contrevenant une part importante de responsabilité pour la détérioration ultime de l'environnement à laquelle sa conduite aura contribué, sans toutefois jeter sur lui un blâme exagéré eu égard à des dommages qui peuvent être causés par d'autres ou qui peuvent ne jamais se produire. C'est ce qu'ont tenté de faire de nombreux tribunaux.

Bien que les dommages de cette nature ne soient pas quantifiables, les tribunaux en tiennent compte. Dans l'affaire *R.* v. *Kenaston Drilling (Arctic) Ltd.*[56], par exemple, la Cour a imposé une amende de 2 000 $ à une société dont des véhicules avaient roulé sur la végétation de la toundra. Soulignant que le mode de vie de la population inuit était tributaire de la conservation de la toundra dans son état naturel, le tribunal a déclaré que le critère [TRADUCTION] «consiste davantage à examiner les dommages qui auraient pu être causés qu'à examiner ceux qui ont été effectivement causés[57]». Autrement dit, le dommage potentiel est aussi important que le dommage réel. De plus, le tribunal peut se demander ce que serait l'effet cumulatif au cas où d'autres personnes agiraient de la même façon. Dans l'affaire *R.* v. *The Vessel «City of Guildford»*[58], le tribunal a refusé de qualifier de bénigne une fuite isolée de mazout en raison du nombre de navires qui empruntaient régulièrement la voie maritime.

C'est sans doute dans l'affaire *Panarctic* que le principe a été énoncé le plus éloquemment :

> [TRADUCTION]
> [L]a destruction de tout écosystème est un processus graduel qui procède d'une accumulation d'actes de pollution — c'est la mort à petit feu, pour ainsi dire. Chaque contrevenant est aussi responsable de la totalité des dommages que celui qui donne le coup de grâce. Le premier contrevenant ne doit pas s'en tirer à bon compte du seul fait que sa contribution n'est pas aussi évidente[59].

Les tribunaux sont également amenés à tenir compte de la fragilité de l'écosystème atteint. Comme l'a fait remarquer le juge Stuart :

> [TRADUCTION]
> Un milieu unique où vivent des espèces végétales et animales rares, un milieu aquatique à vocation récréative ou un habitat essentiel pour la survie d'animaux sauvages sont des environnements qui doivent être conservés jalousement. Toute atteinte à ces milieux doit être punie plus sévèrement que les dommages écologiques causés dans les endroits où la nature est moins fragile[60].

Le tribunal a décidé que [TRADUCTION] «si les dommages sont irréparables, considérables et persistants, ou s'ils ont de nombreuses conséquences indirectes fâcheuses, la peine doit être sévère[61]».

Cela dit, il est souvent arrivé que les tribunaux écartent la question des dommages potentiels et mettent l'accent sur la nécessité de prouver un préjudice à long terme. Dans une décision portant sur le *Fisheries Act* de la Colombie-Britannique, le tribunal a bien résumé la thèse suivant laquelle le dommage n'existe pas à moins de pouvoir être mesuré :

> [TRADUCTION]
> La nature est pleine de ressources — en effet, de temps immémorial, l'environnement a survécu aux incendies de forêts, aux glissements de terrain et aux tremblements de terre.

> Le cours de certaines rivières a été détourné, des populations humaines et animales ont été décimées par les épidémies, les inondations, les incendies et la famine. Mais la vie ne disparaît jamais; seul un contrôle raisonnable est nécessaire de temps en temps, lorsqu'en de rares occasions, la nature semble être perdante dans la lutte pour la survie.
>
> Lorsqu'un conflit d'intérêts entre l'homme et son environnement s'avère irréconciliable, la nécessité doit l'emporter sur la protection de l'environnement[62].

(2) Les conséquences préjudiciables au voisinage

Bien qu'il puisse sembler inconséquent de tenir compte des atteintes à l'environnement ou à l'intérêt général sans prendre en considération les dommages causés à des particuliers, les tribunaux ont rarement eu l'occasion de se pencher sur ce dernier point en droit pénal ou en droit de l'environnement. Dans le droit pénal traditionnel, les opinions sont partagées. Suivant Keith Devlin, dans son ouvrage intitulé *Sentencing Offenders in Magistrates' Courts*[63], les tribunaux britanniques tiendraient compte des conséquences des infractions. La tentative, par exemple, serait punie beaucoup moins sévèrement que la commission effective, même si la peine maximum prévue et l'élément moral requis sont essentiellement les mêmes. Il se demande toutefois s'il devrait en être ainsi. À titre d'exemple, il cite le cas des infractions en matière de conduite de véhicules automobiles. L'intention de causer des blessures est inexistante, le degré de preuve de négligence requis est minime, mais les conséquences peuvent être très graves. Selon lui, le facteur «gravité de l'infraction» englobe les conséquences, et celles-ci ne devraient pas être prises en considération séparément.

Dans son ouvrage de droit pénal intitulé *The English Sentencing System*[64], sir Rupert Cross recommande de mettre l'accent sur l'étendue des dommages que l'auteur de l'infraction avait l'intention de causer. Mais la question de l'intention est peut-être non pertinente en matière d'environnement (cette question sera discutée plus loin). Dans l'affaire *R.* v. *Mellstrom*, le tribunal a choisi le moyen terme. Dans une crise de folie meurtrière, un jeune homme avait foncé sur des piétons avec un véhicule automobile, tuant trois personnes. La Cour a déclaré :

> [TRADUCTION]
> Certes, la gravité des conséquences tragiques d'une infraction est un facteur dont il faut tenir compte, mais elle ne doit pas contribuer à fausser *indûment* le jugement du tribunal quant à la sanction qu'il convient d'infliger ...[65] [C'est nous qui soulignons]

En outre, le fait d'avoir causé la mort de trois personnes ne devrait pas avoir une plus grande influence sur la détermination de la peine que la mort d'une seule personne. Bien que le tribunal ait refusé, dans cette affaire, de considérer les conséquences d'une infraction comme un critère de détermination de la peine, il peut ressortir de cette décision que la perte d'une seule vie humaine est une conséquence déjà tellement lourde et tragique que le nombre des victimes devient superflu. Dans l'affaire *R.* v. *Webb*, un tribunal australien a jugé que les conséquences d'une infraction constituent un critère de détermination de la peine. Il a été décidé que le tribunal peut tenir compte de tout [TRADUCTION] «effet nuisible, préjudiciable ou délétère» sur la victime de l'infraction[66].

Il se dégage de la jurisprudence que le préjudice causé aux victimes est un facteur à considérer, mais qu'il ne faut pas lui accorder une trop grande importance, surtout lorsque la gamme des dommages découlant de l'infraction est étendue[67]. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée en faveur de la prise en considération des effets réels des infractions sur les victimes en matière pénale[68], et des effets potentiels et réels dans les cas d'infraction contre l'ordre public[69]. Par ailleurs, dans un jugement québécois, le tribunal a tenu compte du fait que les habitants d'un village avaient dû transporter leur eau potable jusqu'à la maison pendant deux ans par suite de la contamination d'une rivière en raison d'un acte de pollution semblable à l'infraction commise par le prévenu (déversement de purin dans la rivière)[70]. Dans une autre affaire québécoise, le tribunal a imposé une amende de 10 000 $ parce qu'en déversant du purin dans la rivière, le prévenu avait obligé un voisin à investir 6 000 $ dans la construction d'un aqueduc particulier, et privé d'autres voisins d'eau potable pour leur consommation et celle de leurs animaux pendant une longue période[71].

Il semble donc que les tribunaux sont libres de considérer les conséquences réelles d'une infraction comme un facteur d'aggravation lorsqu'il suffit de prouver les conséquences potentielles ou probables de cette infraction. Les tribunaux tiendront compte, par exemple, de l'irritation des voies respiratoires causée par des poussières ou des mauvaises odeurs. Il semble qu'en infligeant une amende de 15 000 $ à la société Tricil Limited de Mississauga (Ontario), après que celle-ci eut fait brûler du mazout contenant des agents PCB, le tribunal a tenu compte des mauvaises odeurs, des nausées, des maux de tête, des troubles des voies respiratoires et des infections aux oreilles dont s'étaient plaints les résidents de l'endroit[72].

En imposant l'amende maximum dans l'affaire *R.* v. *Nacan Products Ltd.*[73], le juge Dnieper a tenu compte de symptômes similaires dus à une fuite de produits chimiques.

(3) Le coût supporté par la collectivité

Étant donné que de nombreuses infractions contre l'environnement résultent de la négligence, il est révélateur que le common law en matière de négligence ne soit pas encore fixé quant à l'étendue de l'obligation que devraient avoir les auteurs de dommages accidentels de rembourser les autorités des dépenses que celles-ci ont dû engager à cause de ces dommages[74]. On peut soutenir que la collectivité a déjà financé ces services au moyen des impôts, et que le remboursement des dépenses publiques ne fait pas partie des risques prévisibles. Par contre, les principes de la dissuasion et de l'internalisation des coûts sociaux militent en faveur de l'imposition de ces coûts aux pollueurs.

Dans au moins une affaire, en plus de tenir compte des différents types de dommages susmentionnés, le tribunal a pris en considération les frais directs qui devaient être engagés pour remédier au défaut du contrevenant d'observer la loi. En effet, dans *B.L.S. Sanitation*, le juge Loukidelis a décidé que l'amende devait être proportionnée au fardeau dévolu à la collectivité[75]. Le montant de l'amende qu'il a

imposée équivalait à peu près au montant nécessaire pour faire réparer les dommages par des entrepreneurs.

La mesure dans laquelle il peut être tenu compte des dommages et des coûts de réparation dépend de la preuve produite devant le tribunal. Lorsque cette preuve a été présentée pour établir la responsabilité du délinquant, il n'y a pas de problème. Si ce n'est pas le cas, le juge Stuart estime qu'il incombe à la Couronne de la fournir[76]. La loi n'attribue à la Couronne aucune fonction dans le processus de détermination de la peine. Aussi, la question de savoir jusqu'à quel point la Couronne peut ou devrait y participer a déjà soulevé des controverses[77]. Au Canada, cependant, la Couronne a l'habitude de faire un plaidoyer eu égard à la sentence et, lorsqu'elle le juge nécessaire, de produire des preuves afin d'étayer ses arguments[78].

Pour établir la gravité de l'infraction, il faut que les avocats du ministère public fassent la preuve des préjudices potentiels et réels au bien-être public, à l'égard tant de la collectivité en général que de victimes particulières. La preuve produite à l'appui d'une poursuite en matière de nuisances peut jouer un rôle de premier plan dans le processus de détermination de la peine. John MacLaren estime que les personnes suivantes devraient être citées comme témoins :

— des chimistes, afin d'établir le niveau de contamination;
— des fonctionnaires responsables en matière de santé publique, afin de déterminer la fréquence des maladies respiratoires dans la région;
— des agents immobiliers, afin d'établir la diminution de la valeur des immeubles;
— des médecins qui ont examiné et traité des patients dans la région[79].

Il cite également Donnelly Hadden qui, dans son article intitulé «Presenting the Air Pollution Case[80]», propose que l'on fasse entendre des témoins ordinaires qui pourraient rendre compte de leurs observations personnelles sur les sensations olfactives, tactiles et visuelles produites par la pollution, des effets de celle-ci sur les voies respiratoires et la vue, et des malaises qu'ils ont ressentis après y avoir été exposés. Dans la mesure où les faits ne sont pas contestés, de telles preuves seraient relativement faciles à produire dans le cadre des plaidoyers relatifs à la sentence, une procédure informelle qui se déroule dans une atmosphère détendue. Par contre, en cas de contestation, il doit s'agir de preuves hors de tout doute raisonnable et l'audition peut s'avérer longue et difficile[81].

Nous pensons que dans la mesure où les textes d'incrimination en matière de bien-être public ont un caractère «préventif» et ont pour but d'établir des normes rigoureuses, il ne devrait pas être nécessaire de prouver l'existence de dommages réels pour justifier l'imposition de peines sévères. Le degré de risques ou les dommages potentiels inhérents à l'acte reproché devraient être le principal critère de l'imposition d'une peine sévère, et les dommages réels, une circonstance aggravante de l'infraction. Cela est d'autant plus vrai que les dommages réels ne constituent pas l'un des éléments constitutifs d'un grand nombre d'infractions écologiques. Lorsqu'une condamnation peut être fondée sur une simple possibilité ou probabilité de dommages, l'absence d'un préjudice grave ne devrait pas forcément entraîner une peine insignifiante. De même, il faut éviter d'accorder trop d'importance à l'absence

de victimes lorsque la préoccupation majeure est l'accumulation de conséquences préjudiciables à long terme pouvant toucher l'ensemble de la population.

B. L'intention

En droit pénal traditionnel, l'intention du contrevenant a toujours eu une grande incidence sur la détermination de la peine et, au cours des années soixante-dix, l'absence d'intention coupable était perçue comme une circonstance atténuante dans les cas d'infractions écologiques. Aujourd'hui encore, les juges considèrent souvent l'absence de *mens rea* comme une circonstance atténuante. Nul doute que le caractère accidentel de la plupart des infractions contre l'environnement incite les tribunaux à ne pas infliger les amendes les plus sévères.

Nous pensons que l'absence de *mens rea* ne devrait pas être une circonstance atténuante en matière d'environnement. La décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* a marqué un tournant décisif de la jurisprudence en ce qui concerne le rôle du *mens rea*. En l'absence d'une disposition qui prévoit ou qui exclut expressément la nécessité de prouver le *mens rea* et la négligence, les tribunaux estiment probablement qu'il s'agit d'une infraction de responsabilité stricte. En effet, la négligence est l'essence de la responsabilité. L'intention n'est pas un élément constitutif de l'infraction, et l'absence d'intention ne saurait être un moyen de défense. Le prévenu peut se disculper en démontrant qu'il a agi avec une diligence raisonnable ou qu'il a commis une erreur de fait raisonnable, mais la question de savoir si sa conduite était intentionnelle ou négligente n'a rien à voir avec la question de la responsabilité, sauf pour réfuter une défense de diligence raisonnable.

Les tribunaux ne devraient pas oublier que l'impossibilité de prouver l'intention coupable est l'une des raisons à l'origine des concepts de la responsabilité stricte et de la responsabilité absolue. En effet, les sociétés commerciales prennent leurs décisions à huis clos et il est permis de supposer que les seuls témoins de ces décisions, soit les employés de la société, seraient plutôt réticents à l'idée de venir témoigner. Et la Couronne ne peut avoir recours à l'interrogatoire préalable. Si la société commerciale nie avoir eu l'intention coupable requise et si l'infraction n'est pas flagrante au point de rendre l'intention manifeste, il est peu probable que la Couronne puisse réfuter l'argument de la défenderesse.

En raison des courants contradictoires de la jurisprudence sur ce point avant l'arrêt *Sault Ste-Marie*, et comme il était devenu nécessaire d'atténuer la rigueur de la responsabilité absolue, l'intention innocente ou même l'insouciance du pollueur était souvent considérée comme un facteur d'atténuation de la peine. À présent que la condition minimale requise pour que soit condamné l'accusé est l'absence de diligence raisonnable, toute infraction de responsabilité stricte est fondée sur la négligence elle-même. S'il suffit de prouver la négligence de l'accusé, le caractère accidentel de l'infraction doit-il justifier un traitement de faveur? Il est douteux que l'absence d'intention ou de turpitude morale doive continuer d'être un facteur d'atténuation de la peine. Sur ce point, il nous paraît plus logique d'examiner la question de l'intention *a contrario*, c'est-à-dire en s'attachant au caractère volontaire

ou négligent de l'infraction en tant que facteur d'aggravation[82]. Bien que cette question n'ait pas été tranchée directement, les opinions incidentes énoncées dans l'affaire *R.* v. *United Keno Hill Mines Ltd.* vont dans le même sens[83].

C. L'économie ou le profit réalisé : «le produit de l'infraction»

Pour que l'amende remplisse efficacement les fonctions répressive et dissuasive de la peine, elle doit à tout le moins se rapprocher de la valeur pécuniaire du produit de l'infraction. Selon Forer, même l'imposition d'une amende proportionnée aux dépenses qu'aurait entrainées l'observation de la loi [TRADUCTION] «donne aux sociétés le choix de contrevenir à la loi ou de s'y conformer, sans s'exposer à une véritable sanction en cas de contravention[84]». Certes, les frais et les inconvénients qu'entraîne toute défense en justice, ajoutés à une amende égale au coût de l'observation de la loi, devraient inciter les sociétés à se conformer davantage à la loi. Mais ces dernières savent que la probabilité de poursuites est plutôt faible, compte tenu des pressions politiques exercées sur les gouvernements et du personnel restreint des organismes gouvernementaux. Dans les circonstances, les entreprises pourraient être portées à croire que le jeu en vaut la chandelle. Il semble que la dissuasion pourrait justifier l'imposition d'amendes dépassant largement les profits illicites. Les tribunaux reconnaissent l'importance de ce facteur en matière fiscale et commerciale. Dans les cas de fraude fiscale, par exemple, l'amende vient s'ajouter à l'impôt payable que le contribuable a tenté d'éluder. Dans l'affaire *R.* v. *Browning*[85], la Cour d'appel de l'Ontario a imposé une amende de 10 000 $ à la société contrevenante afin de priver cette dernière du profit net qu'elle avait réalisé par la perpétration d'un délit commercial.

Dans ses documents de travail 5 et 6 sur le dédommagement et l'amende, la Commission de réforme du droit du Canada souligne que le fait de priver le délinquant du produit de ses crimes devrait contribuer à prévenir les agissements criminels[86]. Toutefois, dans son document de travail 16 intitulé *Responsabilité pénale et conduite collective*, la Commission désapprouve le recours à l'amende comme moyen de déposséder l'entreprise de ses profits illicites, et propose que cela se fasse uniquement par voie de restitution ou par le truchement d'un mécanisme distinct qui reste à définir. Cette suggestion a beaucoup de mérite. Une évaluation précise des profits illicites avec, en sus, une amende sévère aboutirait probablement à un quantum plus élevé ainsi qu'à une répartition plus logique et plus équitable du montant que la poursuite a permis de recueillir. Cependant, jusqu'à ce que le législateur établisse des règles destinées à régir la restitution, nous pensons que l'amende devrait excéder le montant des profits illicites.

Toutefois, ce critère a une portée limitée en matière d'environnement. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la plupart des infractions contre l'environnement qui font l'objet de poursuites sont commises accidentellement comme, par exemple, les rejets qui ne constituent pas une condition normale de l'exploitation d'une entreprise. Par ailleurs, les émissions continues et régulières de polluants font habituellement l'objet de pourparlers qui peuvent mener à l'émission d'ordonnances,

à l'adoption volontaire de programmes antipollution ou à la délivrance de permis assortis de conditions obligatoires pour l'exploitation d'entreprises polluantes. Il est difficile de prouver, dans un cas de fuite ou de déversement accidentel, que la société avait l'intention d'en tirer un profit ou qu'elle l'a effectivement fait.

Même dans le cas d'une infraction qui comporte l'émission continue de matières polluantes, la détermination de l'économie qu'a pu réaliser une société en refusant d'exploiter son entreprise de façon plus «écologique» soulève des problèmes d'ingénierie et de comptabilité. En effet, la preuve se limite habituellement aux témoignages d'opinions d'experts qui coûtent très cher. Compte tenu de la faiblesse des amendes maximums, la Couronne peut difficilement justifier le coût d'une vérification des livres de la société par des experts-comptables avant le prononcé de la sentence[88].

En pratique, les sociétés soutiennent souvent que les fuites accidentelles de produits ou de matériaux bruts de grande valeur leur font perdre beaucoup d'argent. Il y a cependant des cas où les contrevenants tirent profit des infractions qu'ils commettent. Ils peuvent, par exemple, retarder l'application de mesures destinées à réduire le taux de pollution, mesures qu'ils ont les moyens de se payer, pour privilégier d'autres objectifs tels que l'expansion de l'entreprise ou l'augmentation de la productivité. Dans certains cas, les profits illicites sont facilement quantifiables. Par exemple, lorsqu'un entrepreneur chargé de transporter des déchets industriels à une décharge sanitaire décide de les déverser dans le champ d'un cultivateur, si la quantité et la nature des déchets sont connues, il est possible de calculer l'économie réalisée sur le transport et l'élimination. Mais même dans un tel cas, le poursuivant peut se trouver aux prises avec un problème de preuve. Si le seul endroit convenable pour éliminer les déchets est un site d'enfouissement situé aux États-Unis (comme c'est le cas pour de nombreuses substances nocives), la Couronne doit assumer les frais d'assignation de l'exploitant du site ou le coût d'une commission rogatoire chargée de recueillir son témoignage (advenant qu'une telle procédure soit possible). De plus, l'exploitant du site d'enfouissement doit consentir à comparaître de son propre gré (peut-être à titre de témoin-expert rémunéré) puisqu'il n'est pas contraignable en vertu d'un bref d'assignation délivré par un tribunal canadien. En effet, le lien entre le témoin et l'infraction n'est pas suffisant pour justifier sa contraignabilité, et le bref d'assignation n'est pas exécutoire à l'étranger.

Bien entendu, la déclaration du témoin obtenue par un agent de la paix serait jugée irrecevable en preuve car elle constituerait du ouï-dire.

En résumé, la difficulté à prouver le lien de causalité entre la pollution et les gains illicites, et à quantifier l'économie ou le profit réalisé par la perpétration de l'infraction, vient limiter l'importance de ce critère en matière de droit de l'environnement. Nous croyons cependant que les tribunaux devraient en tenir compte dans les cas qui s'y prêtent.

Une telle approche a été proposée par la Couronne dans l'affaire *B.L.S. Sanitation*[89] et a reçu l'appui du juge Stuart dans l'affaire *United Keno*[90], qui a suggéré des moyens pratiques de résoudre les problèmes de preuve. Dans l'affaire *B.L.S. Sanitation*, le juge a refusé de déterminer l'amende sur la base des profits illicites. Il s'est borné à dire : [TRADUCTION] «Je ne suis pas tout à fait convaincu

que ce type d'infraction se prête à un tel exercice». Le véritable motif découlait peut-être de l'absence de preuve de l'enrichissement de l'entreprise par suite de son refus de se conformer à la loi. Si tel était le cas, le tribunal n'avait aucune raison de rejeter le bien-fondé de cette approche.

En revanche, pour le juge Stuart, le montant du gain illicite constituerait une amende minimum. Il incomberait à la société d'établir le quantum puisqu'elle est la seule à avoir accès aux renseignements pertinents. À défaut par elle de fournir ces renseignements, le jugement serait basé sur une évaluation raisonnable faite par la Couronne ou sur les preuves présentées par des entreprises concurrentes.

D. L'infraction la plus grave

En matière d'environnement, comme en matière pénale, les tribunaux ne devraient imposer l'amende maximum que dans le cas des infractions les plus graves[91]. Toutefois, cela ne veut pas dire que la peine maximum ne doit jamais être imposée du fait qu'il est toujours possible de s'imaginer qu'il existe des infractions plus graves ou des délinquants plus insensibles qu'en l'espèce.

D'après certains, un contrevenant dont la conduite s'apparente à de l'aveuglement volontaire, qui permet le déversement d'une quantité énorme de déchets extrêmement toxiques et qui a déjà été reconnu coupable d'une infraction similaire tombe sous le coup de «l'infraction la plus grave» et mérite l'amende maximum[92].

La clandestinité[93], le propos délibéré, l'insouciance, l'état d'esprit et l'inobservation des directives des autorités chargées de la protection de l'environnement[94] sont autant de circonstances aggravantes de l'infraction.

E. La capacité de payer

Lorsque le contrevenant est une personne physique, les tribunaux doivent tenir compte de sa capacité de payer. La loi prévoit souvent l'imposition d'une peine d'emprisonnement en cas de défaut de paiement d'une amende infligée à un particulier. Comme il importe d'éviter, sauf dans des circonstances exceptionnelles, l'emprisonnement pour des raisons d'endettement, le montant de l'amende doit être proportionné à la faculté de payer du délinquant. Comme nous le verrons ci-après, cela pose un problème dans le cas du contrevenant dépourvu qui a commis une infraction très grave.

En matière d'environnement, rares sont les tribunaux qui admettent ouvertement que le montant de l'amende est basé sur la capacité de payer du contrevenant, mais comme nous le verrons dans les paragraphes qui suivent, il ne fait pas de doute qu'il s'agit là d'un critère déterminant. En effet, d'une façon générale, les particuliers et les entreprises familiales se voient infliger des amendes moins sévères que les grandes sociétés commerciales pour des infractions analogues[95].

Nous estimons que le contraste entre la situation pécuniaire des petits contrevenants et les amendes maximums sévères dont les tribunaux sont appelés à tenir compte dans la détermination du quantum[96] contribue à alimenter l'impression publique que les tribunaux sont trop indulgents. En effet, le public voit des délinquants auteurs d'infractions graves «s'en tirer à bon compte».

Comme la plupart des pollueurs traduits en justice sont des petites entreprises, les tribunaux sont souvent aux prises avec la question de leur capacité de payer. Nul doute que pour une même infraction, les grandes sociétés commerciales encourent des peines plus sévères que celles auxquelles sont exposées les petites entreprises, en raison de leurs situations financières respectives. Si les tribunaux imposent actuellement des amendes relativement sévères aux petits contrevenants, c'est que les avocats du ministère public leur rappellent fréquemment que les cours supérieures ont jugé qu'il fallait tenir compte de l'objectif de la dissuasion générale. Nous pensons que pour sortir de ce dilemme, il importe de trouver des solutions de rechange qui permettront aux tribunaux d'imposer des peines rigoureuses sans cependant occasionner des problèmes financiers excessifs aux contrevenants. Nous examinerons ces solutions de rechange dans la Partie II de ce document.

D'une façon générale, la jurisprudence ne traite pas directement la question de la capacité de payer des sociétés commerciales. La discussion porte habituellement sur la taille et l'actif de l'entreprise.

F. La taille et l'actif de l'entreprise

La taille et l'actif d'une société commerciale sont des critères que les tribunaux prennent souvent en considération dans la détermination des peines[97]. Ils sont habituellement examinés eu égard à la capacité de payer de l'entreprise et à la nécessité d'exercer sur elle un effet de dissuasion (autrement dit, l'amende ne devrait pas équivaloir à un permis de pollution). Il se peut toutefois que les tribunaux aient également en tête le principe suivant lequel une grande société commerciale devrait être soumise à une norme de diligence plus élevée. Par voie de conséquence, le défaut de prendre les mesures nécessaires pour éviter la pollution devrait être puni plus sévèrement lorsque l'entreprise avait les moyens de prendre de telles mesures. Même si les tribunaux suivent ce raisonnement, ils ne l'expriment pas clairement.

Par contre, les tribunaux se sont montrés peu disposés à infliger des amendes qui entraîneraient la mise en liquidation des sociétés commerciales[98]. Si les tribunaux hésitent à imposer aux particuliers des amendes disproportionnées à leur capacité de payer qui les rendraient passibles d'emprisonnement en cas d'inexécution, il est douteux que les grandes sociétés se trouvent dans une situation analogue.

Il n'existe en droit aucun principe suivant lequel une société n'aurait pas à subir les conséquences de ses actes lorsque son insuffisance de capital est telle qu'il lui serait impossible de satisfaire à ses obligations contractuelles, délictuelles ou pénales. Bien au contraire, un contrat qui ne peut être exécuté conformément à la loi est nul ou annulable, parce qu'il est contraire à l'ordre public. De même, si la société commerciale est incapable de payer l'amende rigoureuse justifiée par la gravité de

l'infraction, le tribunal doit choisir entre l'intérêt particulier de la compagnie et l'intérêt général de la collectivité. Dans l'affaire *R.* v. *The Canada Metal Co. Ltd.*, la Cour a déclaré : [TRADUCTION] «... dans le cas d'infractions contre le bien-être public, la protection du public doit primer les intérêts particuliers[99]». En dernière analyse, c'est au législateur qu'il incombe de réaliser un équilibre entre la protection de l'environnement et l'apport économique des sociétés commerciales. Mais les tribunaux continueront sans doute de tenir compte des répercussions économiques des sanctions pénales sur les entreprises.

Sur ce point, il ne faut pas perdre de vue que ce sont les tribunaux inférieurs qui, en première instance et en deuxième ressort, connaissent des infractions contre l'environnement. Ces tribunaux siègent au sein même de la communauté où l'infraction a été commise, et les juges ont une connaissance intime des conditions socio-économiques locales. Ils sont donc plus susceptibles que les cours supérieures de se préoccuper du bien-être économique des entreprises locales.

Par exemple, dans les affaires *R.* v. *MacDougall Liquid Waste Sales and Systems Limited*[100] et *R.* v. *Direct Winters Transport Limited*[101], les deux sociétés avaient été inculpées d'infractions distinctes liées au transport illégal de déchets liquides d'origine industrielle. Le moyen illégal avait été mis au point par la société MacDougall, qui avait recours à la société Direct pour mener son entreprise à bonne fin. Direct, société nationale de camionnage, plaida coupable et s'en remis à la clémence du tribunal. Elle se vit imposer une amende de 1 500 $. MacDougall, une petite entreprise locale, préféra subir un procès (ce qui implique pour la Couronne des dépenses en temps et en argent). La preuve qu'elle présenta était davantage destinée à faire atténuer la peine qu'à étayer sa défense. Le tribunal infligea une sentence avec sursis. Celle-ci fut portée en appel et la Cour de comté imposa une amende de 500 $. La Couronne avait demandé de condamner MacDougall au paiement d'une amende au moins égale à celle qui avait été infligée à Direct, mais à l'instar du tribunal de première instance, la Cour décida de tenir compte du fait qu'il s'agissait d'une entreprise locale.

Les cours supérieures accorderaient probablement moins d'importance aux facteurs économiques locaux, mais aussi longtemps que la grande majorité des affaires en matière d'environnement seront portées, en premier comme en dernier ressort, devant les tribunaux inférieurs, la fierté et les intérêts économiques locaux constitueront souvent un facteur décisif dans la détermination des peines.

En revanche, une amende trop légère peut n'avoir aucun impact sur une grande entreprise. Il se peut que l'amende soit considérée comme l'équivalent d'une simple redevance et qu'elle n'ait aucun effet de dissuasion. Bien plus, une grande entreprise a peut-être davantage les moyens d'absorber ou de faire supporter par d'autres le coût d'une amende. À plusieurs reprises, les tribunaux ont reconnu ce facteur, soit expressément, soit de façon implicite, en leur imposant des amendes plus sévères.

Nul doute que les amendes prévues par la plupart des lois sur l'environnement sont tellement légères que même si l'amende maximum était imposée, elle serait toujours perçue comme une simple redevance. Il est suggéré dans la Partie II que les amendes soient majorées dans le cas des grandes sociétés commerciales. Cela suppose toutefois des choix politiques difficiles. Nos tribunaux ne font que

commencer d'aborder cette question en matière d'environnement, car jusqu'à tout récemment, les amendes ont été généralement insignifiantes. La Commission de réforme du droit du Canada estime pour sa part que l'effet de la peine n'est pas ressenti par la compagnie elle-même, qui n'est qu'un «symbole sans esprit et sans vie», mais plutôt, par les membres de la compagnie qui, autrement, pourraient avoir droit à la somme représentée par l'amende. La Commission recommande de tenir compte de la situation particulière de la société commerciale en raison des répercussions dans le système économique[102]. La Cour d'appel de l'Ontario semble avoir adopté ce raisonnement dans *R.* v. *Van's Gifts and Books Ltd.*[103], une affaire d'obscénité dans laquelle elle a diminué le montant de l'amende infligée parce qu'il s'agissait d'une entreprise familiale. Cela équivalait à lever le «voile corporatif» pour accorder un bénéfice indirect aux actionnaires, ce que les tribunaux civils ont toujours refusé de faire.

Reste à savoir si, comme suite logique, les tribunaux lèveront également le «voile corporatif» pour imposer une amende plus sévère à une petite société associée à une grande entreprise. Cette question est d'autant plus importante dans une économie dominée par l'étranger comme celle du Canada, où une petite entreprise dont le nom est peu connu peut très bien être contrôlée par une société de plus grande envergure, voire même par une multinationale[104].

Dans un tel cas, l'actif et les revenus de la petite entreprise peuvent être négligeables. Même si elle constitue, aux yeux de la loi, une entité juridique distincte, son autonomie par rapport à la société mère est parfois fort limitée. Celle-ci peut, par exemple, restreindre le pouvoir de dépenser de sa filiale. Bien souvent, la petite société ne peut consacrer des sommes importantes à la protection de l'environnement ou à la santé et à la sécurité au travail sans l'autorisation de la société mère.

Certains prétendront que dans des circonstances semblables, il serait injuste de tenir compte, dans la détermination de la peine, de ressources financières de la société mère dont ne peut disposer la société contrevenante, car ces ressources ne reflètent pas vraiment la situation financière ni le degré de responsabilité de cette dernière. En pratique, toutefois, aucune dissuasion n'est possible à moins que la société mère ne sache qu'elle est tenue d'assumer une part de la responsabilité financière des activités illégales de ses filiales. Le tribunal doit pouvoir identifier les liens qui existent entre les sociétés afin d'empêcher les grandes entreprises de se servir de sociétés prête-noms comme écrans juridiques qui leur permettraient de ne pas avoir à répondre pour des activités préjudiciables à la santé ou à l'environnement. La détermination de la capacité de payer doit être fondée sur la richesse de la compagnie ou des particuliers qui, en fin de compte, sont à l'origine de la conduite répréhensible, ou la contrôlent.

La Commission de réforme du droit du Canada semble considérer qu'en un sens, il serait injuste que les actionnaires et les employés qui participent aux bénéfices de l'entreprise soient appelés à expier une faute qu'ils n'ont pas commise. Mais ne s'agirait-il pas là d'un encouragement à pratiquer la politique de l'autruche. Les actionnaires, aussi minimes que puissent être leurs intérêts dans l'entreprise ou l'influence qu'ils exercent sur la politique de celle-ci, ne devraient pas s'attendre à récolter les dividendes qui découlent d'une bonne gestion tout en restant à l'abri des

conséquences de la conduite irresponsable de la compagnie. Il n'est peut-être pas déraisonnable de penser que même les petits actionnaires comptent parmi les membres les plus riches de la collectivité, qu'ils font partie de la classe sociale la plus en mesure d'assumer ses responsabilités économiques. Le Canadien moyen ne possède pas de portefeuille d'actions[105].

W. B. Fisse[106] s'inquiète au sujet des consommateurs à qui l'on pourrait faire porter le poids des amendes. Mais si l'amende dépasse ce qu'il en coûte pour observer la loi, elle devrait dissuader les concurrents d'adopter une ligne de conduite semblable. Théoriquement, les consommateurs devraient pouvoir se procurer des biens à meilleur prix auprès des entreprises qui respectent les lois et qui ne sont pas obligées de faire supporter par d'autres le coût des amendes.

Suivant la Commission de réforme du droit :

> ... nous pourrions trouver à l'égard de la compagnie une formule qui égaliserait la marge de perte subie par celle-ci au moyen d'une amende qui tiendrait compte de facteurs tels que les profits, l'ensemble des actifs et la faculté de faire porter par d'autres le poids de l'amende[107].

L'appréciation de la taille et de l'actif d'une société commerciale est fonction de la preuve présentée. Dans certains cas, la Couronne a accès aux renseignements pertinents, car la loi assujettit bon nombre de sociétés à des obligations d'information. Par contre, les sociétés privées ou à peu d'actionnaires ne sont pas toujours tenues de produire de tels renseignements, ni de révéler l'identité de leurs propriétaires. À supposer même qu'ils soient disponibles, les renseignements peuvent se présenter sous une forme non admissible en preuve. Il faudrait peut-être modifier certaines règles de preuve pour rendre ces renseignements recevables. Les indicateurs dont les tribunaux pourraient tenir compte pour évaluer la taille et la richesse d'une société commerciale sont le revenu imposable, le capital-actions[108], [TRADUCTION] «le bénéfice net, les actifs, les états financiers et les conditions du marché ...[109]».

Hormis les problèmes de la preuve, l'argument suivant lequel les tribunaux criminels ne seraient pas en mesure de traiter ces questions est loin d'être convaincant. Ils le font en matière de délinquance économique et dans des cas complexes de fraude commerciale impliquant des particuliers. Si difficiles que puissent paraître ces questions tant sur le plan du droit substantif que sur celui de la preuve, les tribunaux semblent disposés à s'y attaquer si on leur en donne l'occasion[110].

G. Les facteurs anthropomorphiques

En matière d'environnement, comme dans le cas des crimes économiques, les tribunaux ont recours à la terminologie propre à la délinquance de violence et attribuent aux entreprises des qualités humaines. Ils font souvent allusion à la «moralité» et à l'«attitude»[111] ainsi qu'aux «remords» des sociétés commerciales comme critères de détermination de la peine. Ces traits s'infèrent des agissements antérieurs de la société et des mesures préventives ou correctives qu'elle a prises avant le prononcé de la peine.

(1) La moralité de l'entreprise

Comme facteur d'atténuation de la peine, les sociétés commerciales font souvent valoir qu'elles se sont toujours bien acquittées de leurs responsabilités envers la société. Les tribunaux en ont tenu compte dans les affaires *R.* v. *Giant Yellowknife Mines Ltd.*[112] et *R.* v. *Canada Cellulose Co.*[113]. Dans l'affaire *Hoffmann-La Roche*[114], le tribunal a déployé toute son éloquence en faveur de l'accusé, faisant état de son casier judiciaire vierge, de l'utilité de ses produits et de son programme de distribution gratuite de médicaments aux nécessiteux. Certes, il serait irréaliste de ne pas reconnaître que les sociétés commerciales puissent parfois contribuer au bien-être collectif autrement que sur le plan purement économique, mais il convient d'examiner scrupuleusement toute prétention quant à la haute moralité de l'entreprise. Dans les affaires susmentionnées, les tribunaux n'ont pas tenté de définir ce concept.

Dans le cas d'une personne physique, la moralité est un élément pertinent dans la détermination de la peine, car on le tient pour un produit de l'hérédité ou du milieu, ou encore des deux à la fois, lequel serait en quelque sorte figé et prévisible. Il est possible de prévoir quelle sera la conduite d'un individu en se basant sur sa conduite antérieure. Toutefois, dans le cas d'une personne morale, rien n'est vraiment fixe ou immuable. Les décisions qu'elle prend peuvent varier suivant le roulement de ses administrateurs, de ses dirigeants ou de ses cadres supérieurs, les initiatives de ses concurrents ou l'état de ses résultats. On ne peut pas parler sérieusement d'altruisme véritable dans le cas des sociétés commerciales. Les programmes de charité sont parfois motivés par le souci d'augmenter le chiffre d'affaires de façon indirecte, ou encore de profiter d'allègements fiscaux. Tout acte inspiré par l'appât du gain est au plus un acte moralement neutre.

Si, pour les tribunaux, une entreprise s'acquitte vraiment de ses responsabilités sociales du moment qu'elle a un casier judiciaire vierge ou qu'elle s'est réellement efforcée de coopérer et de remédier à son problème de pollution, il conviendrait de s'attarder plus longuement aux sections I et L, ci-après.

Les avocats de la défense insistent souvent sur l'atteinte à la réputation de la société commerciale qui découle des poursuites intentées contre elle. Le tribunal a tenu compte de ce facteur dans l'affaire *Giant Yellowknife*[115]. La Cour a souligné que l'hostilité du public à l'égard de la société minière contrevenante rendrait difficile l'exploitation de la mine. Mais les études sur la couverture des poursuites par les journaux indiquent que l'opprobre ou l'atteinte à la réputation de la société commerciale ne sont pas des facteurs de dissuasion efficaces en raison de la neutralité et de la piètre qualité des comptes rendus[116]. Les sociétés qui ne traitent qu'avec d'autres entreprises, qui vendent leurs produits par le biais de filiales ou dont les produits ne sont pas, dans l'esprit du public, associés à une raison sociale, ne subissent parfois aucun contrecoup fâcheux. Par exemple, la compagnie Hoffmann-La Roche fabrique un grand nombre de médicaments qui sont vendus sur ordonnance sous des génériques ou des marques qui, pour les consommateurs, n'ont aucun rapport avec le fabricant. Fisse pense que des sanctions de nature publicitaire pourraient être plus efficaces, mais il fait remarquer qu'il n'existe aucun moyen d'en

évaluer les conséquences, lesquelles peuvent être neutralisées par de la contre-publicité[117].

La Commission de réforme du droit du Canada exigerait que la compagnie informe ses actionnaires de la poursuite, de la nature de l'infraction et de la sanction imposée[118]. On peut cependant mettre en doute l'efficacité d'une telle mesure quand on pense aux efforts infructueux des actionnaires qui, au cours des années soixante-dix, ont voulu dissuader des sociétés commerciales canadiennes d'investir au Brésil ou de soutenir la politique d'apartheid en Afrique du Sud, ainsi qu'aux vaines tentatives des actionnaires d'Inco Ltd., au cours des dernières années, d'adopter des résolutions touchant la prévention des pluies acides.

(2) Le remords

En matière de délinquance écologique, comme en matière de délinquance violente ou économique, le remords ou repentir est un facteur d'atténuation de la peine. En revanche, l'absence de remords en est un d'aggravation.

Toutefois, en prêtant de tels sentiments à des sociétés commerciales, on risque de leur imposer des amendes trop légères. Les sociétés commerciales ne peuvent connaître le remords. Leurs dirigeants en sont capables, et il arrive qu'ils le témoignent. Cependant, il est presque impossible pour le tribunal de déterminer, sur la base des déclarations faites par l'avocat ou les cadres de la société, si ce remords est sincère. De plus, les infractions contre l'environnement sont souvent la conséquence de nombreuses omissions mineures commises à différents niveaux de la hiérarchie. Le sentiment de remords du cadre d'entreprise qui comparaît devant le tribunal ne reflète pas nécessairement l'attitude des autres dirigeants de l'entreprise à l'égard de l'infraction.

Dans l'affaire *United Keno*[119], le juge Stuart s'est efforcé de résoudre ce problème en se concentrant sur les agissements de la société plutôt que sur les paroles de ses dirigeants. Tout en faisant observer que les signes qui permettent de croire que la compagnie a fait preuve de regrets véritables sont utiles pour déterminer le degré de la sanction nécessaire à sa «resocialisation», il a suggéré que la sincérité des regrets exprimés pourrait être appréciée d'après la spontanéité et l'efficacité des mesures correctives prises par la compagnie, la dénonciation volontaire de l'infraction aux autorités et la comparution des cadres supérieurs devant le tribunal en vue d'exprimer le regret de la compagnie et d'expliquer les mesures qui ont été envisagées pour empêcher que l'infraction se reproduise. Par contre, dans l'affaire *Panarctic*[120], le juge Bourassa a fait peu de cas de la comparution d'un cadre de la société, affirmant : [TRADUCTION] «il est tout naturel qu'une société commerciale soit représentée par une personne physique au moment du prononcé de la peine».

Avant l'affaire *United Keno*, seuls les avocats étaient présents lors de l'audition des plaidoyers relatifs à la sentence. Depuis, la comparution des gérants ou des cadres est devenue une pratique, mais cela signifie peut-être simplement que les avocats ont lu la décision *United Keno*[121]. Quoi qu'il en soit, il ressort des deux jugements que le remords d'une société doit être jaugé en fonction de ses actes. La

comparution d'un porte-parole est certes un facteur, mais c'est un facteur secondaire, car le public est en droit de s'y attendre. Les fonctions du porte-parole au sein de l'entreprise et sa capacité de se porter garant des promesses faites devant le tribunal sont des éléments pertinents dans la mesure où sa présence révèle que la société donne des marques de repentir. En règle générale, plus il se trouve près du sommet de la hiérarchie et plus il a été mêlé de près à la perpétration de l'infraction, plus sa présence devant le tribunal a de poids. Il faudrait également tenir compte du fait qu'il accepte de témoigner sous serment, s'exposant ainsi au contre-interrogatoire, de la production de plans correctifs par écrit et de la nature vague ou précise de ces plans. En revanche, l'absence de représentant de la société devrait être l'indice d'un manque de remords et constituer un facteur d'aggravation.

Selon nous, il ne faut pas confondre la notion de personnalité morale et la possession de qualités humaines, et les tribunaux devraient éviter de donner dans l'anthropomorphisme. Les personnes morales ne sont pas des êtres humains. Dans le cas d'un particulier, la soif de l'argent est tempérée par d'autres valeurs et par les contraintes qui empêchent de tirer partie de toutes les occasions qui se présentent. La société commerciale est un instrument spécialement conçu en vue de contourner ces contraintes, et elle est dotée de systèmes institutionnels qui lui permettent souvent de passer outre aux autres valeurs humaines qui sont en contradiction avec la recherche effrénée du profit. La thèse voulant que les personnes font en groupe des choses qu'elles ne feraient pas seules est devenue une banalité en sociologie. Stone fait observer que l'une des conséquences de la subordination de la motivation individuelle aux objectifs de la société commerciale est la [TRADUCTION] «diminution du sens de la responsabilité de l'individu pour ses propres actes, consécutive au regroupement de personnes au sein de vastes institutions organisées[122]». Stone souligne [TRADUCTION] «l'impuissance de la loi à identifier et à prendre en considération les particularités du fonctionnement des sociétés commerciales, ce qui fait de la réglementation de leur conduite un problème bien distinct de celui de la réglementation du comportement des hommes».

L'inconvénient avec l'anthropomorphisme, c'est qu'il masque ces distinctions et, dans la mesure où il façonne notre perception de la réalité, nous empêche de trouver les solutions qui auraient pour effet de dissuader les sociétés commerciales de dévaster l'environnement.

H. L'aveu de culpabilité

En matière d'environnement comme en matière pénale, les tribunaux considèrent les aveux de culpabilité comme des facteurs d'atténuation des peines[123]. Ils le font pour deux raisons : ces aveux permettent de réaliser des économies et constituent un indice de remords.

Nul doute que les plaidoyers de culpabilité représentent une grande économie pour les contribuables. L'instruction des causes en matière d'environnement est un processus extrêmement complexe, long et coûteux. L'enquête exige que l'on ait recours à des laboratoires et à un personnel qui possède des compétences techniques.

Le lieu de l'infraction est parfois éloigné et il peut coûter très cher de s'y rendre. Des experts doivent être cités comme témoins lors du procès pour certifier l'enchaînement des pièces produites et expliquer le déroulement des méthodes et des expériences scientifiques. Si le contrevenant plaide la diligence raisonnable, il incombe à la Couronne de réfuter ce moyen de défense en démontrant ce qui eût été un système de prévention raisonnable. Cela nécessite également le témoignage d'experts. Souvent, les seuls experts de la région sont au service de la société contrevenante, de sorte que la Couronne se voit obligée de faire appel à des experts venant de l'extérieur. Il arrive également que le poursuivant ne dispose pas d'un personnel possédant les connaissances nécessaires pour faire une expertise convenable, et qu'il doive retenir au prix fort les services d'experts-conseils indépendants. Dans l'affaire *R.* v. *Cyprus-Anvil*, l'enquête seule a coûté 18 000 $ aux contribuables[124].

Par conséquent, la prise en considération du plaidoyer de culpabilité peut se refléter dans l'amende infligée. Ce n'est toutefois pas le cas lorsque l'accusé sait qu'il a été pris en [TRADUCTION] «flagrant délit[125]», comme ce fut le cas dans l'affaire *Cyprus-Anvil*, où une quantité énorme de cyanure de sodium très toxique avait été déversée dans le bassin à résidus de la mine sur une longue période, ou encore dans l'affaire *R.* v. *Canadian Industries Limited*[126]. Le fait d'avoir évité la tenue d'un long et coûteux procès a été retenu comme facteur d'atténuation dans l'affaire *R.* v. *York Sanitation Co. Ltd.*[127].

Non seulement les plaidoyers de culpabilité ne devraient pas être considérés comme des facteurs d'atténuation des peines lorsque l'accusé a été pris en flagrant délit, mais les tribunaux devraient accorder moins de crédit aux plaidoyers de culpabilité inscrits à la dernière minute dans le cas où la décision de plaider coupable a été prise plus tôt ou aurait facilement pu l'être.

Cela ne veut pas dire que le défaut d'inscrire plus tôt un plaidoyer de culpabilité devrait être un facteur d'aggravation de la peine. En effet, l'accusé est présumé innocent jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie. Par ailleurs, le fait de pénaliser un accusé parce qu'il a exercé son droit de garder le silence avant son procès serait une atteinte grave à ses droits fondamentaux.

Il n'en reste pas moins que des milliers d'heures-personnes et de dollars peuvent être consacrés à la préparation d'un procès complexe en matière d'environnement. Cette dépense peut même largement dépasser le temps et l'argent nécessaires au procès lui-même. Dans bon nombre de cas, le prévenu ou son avocat savent depuis longtemps, ou auraient pu savoir depuis longtemps s'ils s'en étaient donné la peine, qu'ils n'ont aucun moyen de défense quant au fond. Le retard du défendeur à informer la Couronne de son intention de plaider coupable peut résulter de sa négligence, ou de son intention de retarder le marchandage de plaidoyer jusqu'à la date du procès. À ce moment-là, le poursuivant, étant préoccupé avant tout par les failles qui ne manquent pas de se présenter dans toutes les causes, est plus porté à accepter de négocier une sanction moins sévère.

Si les tribunaux exprimaient ouvertement leur répugnance à considérer les plaidoyers de culpabilité comme des facteurs d'atténuation des peines dans les affaires où une communication rapide des intentions de la partie défenderesse à la

Couronne aurait pu permettre d'épargner des sommes considérables aux contribuables, les avocats de la défense agiraient sans doute différemment. Cela éviterait à la Couronne d'avoir à consacrer inutilement des sommes d'argent importantes à la préparation de procès. Mais en l'absence de telles déclarations de la part des juges, il n'y a pas grand-chose pour faire contrepoids à la tendance naturelle à tout remettre au lendemain.

Cela ne veut pas dire que toute personne désirant se prévaloir d'un moyen de défense devrait y renoncer parce que cela entraîne des frais, ni qu'il y a du mal à vouloir profiter de moyens de défense techniques ou à exercer son droit de laisser à la Couronne le soin de prouver sa cause. Du reste, il devrait être permis aux avocats de la défense de prendre le temps qu'il faut pour bien étudier les prétentions de leurs clients avant de les conseiller. Nous pensons toutefois que le tribunal a raison de tenir compte du gaspillage des fonds publics lorsque la partie défenderesse décide d'inscrire un plaidoyer de culpabilité à la dernière minute, pourvu que la Couronne attire son attention sur ce fait et que la partie défenderesse ne réussisse pas à le convaincre qu'elle se trouvait dans l'impossibilité de prendre cette décision plus tôt.

Nous avons déjà donné notre point de vue sur la question des «remords» des personnes morales. Nous sommes également d'avis que les tribunaux ne devraient pas trop glorifier les sociétés qui, en plaidant coupable avant le procès, font économiser du temps et de l'argent aux contribuables. La décision d'une société commerciale d'avouer sa culpabilité est souvent fondée, sinon toujours, sur des motifs économiques. Il se peut que ses objectifs soient d'éviter les honoraires des experts et des avocats, de dissimuler un élément de preuve qui ressortirait au cours du procès ou d'esquiver de la mauvaise publicité. Bien que ces raisons ne soient jamais mentionnées devant le tribunal, souvent les avocats des sociétés n'hésitent pas à les divulguer au poursuivant au cours des négociations de plaidoyers. En pratique, il arrive fréquemment que le personnel de l'usine locale soit convaincu de ne pas avoir mal agi et désire faire valoir des moyens de défense, mais qu'une décision contraire soit prise par le siège social de l'entreprise, situé dans une autre région ou un autre pays, et plus soucieux de son résultat global, de son image de marque ou de ses bons rapports avec les organismes de réglementation, que des préoccupations des personnes directement responsables de la perpétration de l'infraction.

Autrement dit, nous pensons que l'aveu de culpabilité en matière d'environnement devrait être un facteur neutre, à moins que n'existe une preuve irrésistible que l'aveu est une marque de remords. On ne peut parler de remords lorsque la défenderesse laisse la Couronne dépenser des sommes énormes avant de décider qu'elle fera valoir un moyen de défense ou de lui communiquer ses intentions. L'inutilité de ces délais seraient certes difficile à prouver, mais pas plus qu'il n'est difficile de prouver qu'un plaidoyer de culpabilité est motivé par le remords ou par la nature flagrante du délit. Par exemple, si l'avocat de la défense ne retourne pas les appels téléphoniques de l'avocat du ministère public ou ne répond pas à ses lettres, cela peut, en l'absence de justifications, être l'indice d'un manque de diligence.

La difficulté, c'est que selon une certaine interprétation, en vertu de la présomption d'innocence ainsi que du droit de la défense de se prévaloir de tous les moyens légitimes que la loi met à sa disposition et du droit de prendre le temps qu'il

lui faut pour bien préparer sa cause, la Couronne serait tenue de communiquer sa preuve à la défense et d'éviter de la prendre par surprise alors que celle-ci ne serait tenue à aucune obligation en retour. Tant qu'il en sera ainsi, il sera difficile d'établir des critères permettant d'évaluer le comportement des parties défenderesses avant le procès.

Toutefois, selon nous, cela ne veut pas dire que le prévenu est en droit de se croiser les bras et d'attendre que la Couronne commette une erreur, ou encore de se servir de moyens purement dilatoires, tout en espérant que le tribunal exercera un pouvoir essentiellement discrétionnaire et se montrera indulgent en raison de son aveu de culpabilité. La solution réside peut-être dans l'élaboration de règles de conduite facultatives pour la partie défenderesse, qui n'auraient aucune incidence sur le verdict de culpabilité ou d'innocence, mais auxquelles il faudrait se conformer pour que le tribunal considère l'aveu de culpabilité comme un facteur d'atténuation de la peine. Par exemple, les tribunaux pourraient informer les avocats de la défense qu'une preuve de l'étude attentive des moyens de défense pendant la période comprise entre la délivrance de la sommation et la date du procès est une marque de bonne foi, tandis qu'une preuve établissant que la défense a retenu les services d'un expert quelques jours seulement avant le procès et que cet expert l'a avertie qu'elle avait peu de chances de succès, milite contre une réduction de l'amende. La preuve que l'avocat de la défense a diligemment présenté à la Couronne certains moyens de défense dont il estimait pouvoir se prévaloir, et que la Couronne n'a pas réfutés de façon convaincante, pourrait aussi être un indice de bonne foi. Ces lignes directrices n'ont rien d'injuste, car elles ne visent que les conditions d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du tribunal, sans porter atteinte aux droits fondamentaux du prévenu.

I. La coopération et les dépenses engagées

En matière d'environnement, les tribunaux semblent particulièrement soucieux du fait que la loi vise *non seulement* le châtiment des contrevenants, mais aussi la réduction de la pollution. Dès lors, les efforts déployés par l'entreprise en vue de prévenir la perpétration de l'infraction ou de remédier à ses conséquences, et d'empêcher la récidive, seront considérés comme des facteurs d'atténuation de la peine.

Les mesures préventives bien intentionnées mais inefficaces, ainsi que les efforts de coopération et de réparation des dommages après le fait, n'entraînent pas forcément une amende allégée ou symbolique. Compte tenu des mesures préventives et correctives qui ont été prises, les tribunaux infligent habituellement des amendes moyennes dans le cas des grandes sociétés commerciales et des amendes de 1 000 $ ou plus dans le cas des particuliers et des petites entreprises. Dans chacune des affaires citées dans les paragraphes qui suivent, l'amende maximum prévue pour chaque chef d'accusation était de 5 000 $.

(1) Le signalement des infractions, l'assainissement de l'environnement et la prévention de la pollution : après le fait

Dans l'affaire *Canadian Industries Limited*[128], le tribunal a été impressionné par le fait que l'accusée avait volontairement signalé un déversement de sulfate de cuivre que les autorités n'auraient jamais détecté autrement. La société s'est montrée extrêmement coopérative au cours de l'enquête, mettant même un avion à la disposition des fonctionnaires afin qu'ils puissent survoler la zone polluée. Par conséquent, le tribunal lui a infligé une amende de 1 000 $ seulement. De même, les efforts de la société Canada Tungsten Mining Corp. Ltd. pour consulter les autorités et se conformer à leurs directives, ainsi que la somme de 39 000 $ dépensée pour maîtriser la situation, lui ont valu l'imposition d'une amende inférieure à la moyenne[129]. Dans l'affaire *Canada Cellulose*[130], le tribunal a noté que la société avait accepté de prendre des mesures plus coûteuses, par préférence à une solution plus économique mais qui aurait comporté plus de risques.

Le juge Stuart a jugé importante la comparution personnelle des dirigeants de l'entreprise, qui ont expliqué au tribunal les mesures envisagées pour éviter la récidive[131]. Cependant, à moins que de telles déclarations ne soient exprimées sous forme d'engagements formels, préférablement par écrit, ou incluses (le cas échéant) dans une ordonnance du tribunal, ce dernier aurait intérêt à se rappeler le proverbe qui dit que l'enfer est pavé de bonnes intentions.

Dans l'affaire *Cyprus-Anvil*[132], l'amende maximum de 5 000 $ a été réduite de 500 $ par le tribunal d'appel parce que la compagnie avait diligemment effectué les réparations nécessaires, et collaboré avec les autorités. Dans l'affaire *Plant National*[133], entre la date de sa condamnation et celle du prononcé de la peine, la compagnie avait engagé des dépenses aux fins de la protection de l'environnement et avait terminé l'installation d'un système antipollution. Cela étant, elle a demandé au tribunal de ne lui imposer qu'une amende de 500 $. Toutefois, en se fondant sur le principe de la dissuasion générale, le tribunal a retenu la suggestion de la Couronne d'infliger une amende de 1 000 $.

Il n'existe pas de moyen plus sûr de prévenir la récidive que le déplacement ou la cessation des activités nuisantes. Dans l'affaire *R.* v. *Metal Flo*[134], la compagnie devait répondre à cinq chefs d'accusation d'avoir causé des vibrations excessives dans une zone résidentielle et à l'accusation d'avoir exercé ses activités sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire. Lorsque le procès arriva, la compagnie était en train de déménager ses installations au complet dans un milieu rural isolé et d'installer des systèmes de contrôle pour minimiser les vibrations. Après inscription d'un plaidoyer de culpabilité, le tribunal a retenu la suggestion de la Couronne et imposé une amende de 1 200 $, soit 200 $ pour chaque chef d'accusation. Dans *R.* v. *Tricil*[135], la compagnie avait déjà réussi à diminuer son taux de pollution au moment du prononcé de la peine, en cessant d'exercer les activités en cause. Elle se vit imposer une amende de 15 000 $ (soit 3 000 $ pour chacun des cinq chefs d'accusation). Dans l'affaire *R.* v. *Festival Sales and Products Ltd*[136], la compagnie s'est engagée formellement devant le tribunal à cesser ses activités illicites et s'est vue infliger une amende de 2 000 $. Dans *R.* v. *Russell*[137], l'imposition d'une amende de 2 500 $ à un cultivateur qui avait autorisé le déchargement de purin de porc dans un ruisseau a

été confirmée par la Cour d'appel et ce, même si le prévenu avait depuis cessé d'exploiter sa ferme. Enfin, la plus forte amende jamais infligée en Ontario, et la plus sévère imposée en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, soit la somme de 64 000 $, a été prononcée contre une société qui proposait de fermer l'usine polluante [TRADUCTION] «avant longtemps[138]».

Il semble donc que les amendes sont supérieures à mille dollars, même dans les cas où les sociétés contrevenantes déménagent ou cessent d'exercer leurs activités polluantes.

(2) La prévention de la pollution : avant le fait

Les efforts et les dépenses faites dans le passé pour prévenir la pollution sont souvent perçus par les tribunaux comme des circonstances atténuantes, peu importe si les mesures prises visaient le secteur d'activité dont procède l'infraction en question. Dans l'affaire *R.* v. *American Can of Canada Limited*[139], le tribunal a souligné que même si la société avait fait preuve de négligence et d'insouciance eu égard aux conséquences de ses actions, elle avait néanmoins pris certaines mesures concrètes en vue de prévenir la pollution. Cependant, elle avait dû renoncer à certaines de ces mesures jugées insatisfaisantes ou impraticables. Le tribunal a infligé une amende de 64 000 $ (soit 4 000 $ pour chacun des seize chefs d'accusation), la plus forte jamais encore prononcée. Dans l'affaire *R.* v. *Barnes*[140], la compagnie avait engagé des dépenses considérables en vue de résoudre un problème de poussières. Elle se vit imposer une amende de 2 500 $. Dans *R.* v. *The Canada Metal Co. Ltd.*[141], la société a plaidé coupable à deux accusations d'avoir rejeté des particules de plomb dans l'atmosphère. Elle a bénéficié d'un sursis de sentence sur la base d'un exposé conjoint des faits dans lequel il était reconnu que la compagnie avait collaboré avec le ministère de l'Environnement de l'Ontario, qu'elle s'était conformée à ses directives, qu'elle avait reconnu la nécessité de moderniser son équipement antipollution et qu'elle avait acheté un nouvel équipement dont la livraison avait été retardée jusqu'après la date de l'incident. La Cour d'appel, en se basant sur les mêmes faits, lui a néanmoins imposé une amende de 5 000 $, plus des frais de 500 $. Dans l'affaire *R.* v. *Holmes Foundry*[142], la Cour n'a imposé qu'une amende de 3 500 $ même s'il s'agissait d'une seconde infraction, car elle a jugé qu'il était presque impossible d'exploiter une fonderie sans émettre de poussières dans l'air et que l'entreprise [TRADUCTION] «avait envisagé des mesures assez réalistes pour tenter de résoudre le problème».

Au moins un tribunal a fait des réserves sur la coopération et les dépenses engagées en tant que facteurs d'atténuation des peines. Dans une affaire récente, *R.* v. *Echo Bay Mines Ltd.*[143], le juge Peter Ayotte de la Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest a fait la mise en garde suivante : [TRADUCTION] «[L]a réduction d'une peine [en raison du comportement et de la moralité d'un prévenu] a des limites».

Au sujet des mesures de protection de l'environnement prises avant l'incident, le juge a déclaré :

[TRADUCTION]

... il est particulièrement important, dans des affaires comme celle-ci, que le tribunal tienne compte des dommages que la loi applicable cherche à prévenir et qu'il se garde d'atténuer la portée de la loi en mettant trop l'accent sur des considérations qui, tout compte fait, sont marginales eu égard à la nature de l'accusation. Agir autrement équivaudrait à encourager un certain relâchement de l'observation de la loi. Dans le processus de détermination de la peine, le fait de trop insister sur d'autres mesures prises en matière de protection de l'environnement ne fera qu'inciter les sociétés commerciales à choisir les secteurs de leur entreprise où elles consacreront du temps et de l'énergie pour se conformer à la loi, étant donné qu'elles sauront que cela contribuera à une réduction considérable de la peine applicable en cas de contravention dans les autres secteurs de l'entreprise non touchés par les mesures antipollution. La présente affaire illustre bien le danger d'une telle approche. La défenderesse a mis du temps et de l'argent en vue de démonter des structures abandonnées et de s'en débarrasser, mais elle a oublié de réparer et de vérifier un système de manutention du combustible qu'elle savait en mauvais état. Bien que ses efforts aient été louables, ils n'ont qu'une portée limitée sur la sanction pénale applicable pour sa négligence à l'égard d'un système de manutention du combustible dont la défectuosité peut entraîner des conséquences préjudiciables beaucoup plus graves et permanentes pour l'environnement que la présence de structures abandonnées sur le terrain de la mine[144].

Quant aux mesures correctives, le juge a ajouté :

[TRADUCTION]

De même, bien que les mesures prises par suite de la fuite et que les plans et les efforts subséquents en vue de moderniser et de remplacer le système de manutention du combustible démontrent son intention de prévenir tout autre accident semblable, cela a été fait après coup. Ce n'est pas *après* la survenance de dommages écologiques que la loi doit être respectée, mais *avant* que de tels dommages ne se produisent afin, justement, de les prévenir[145]. [Mis en italiques par le juge]

En revanche, les sociétés commerciales qui tolèrent la pollution pendant de longues périodes sans tenter d'y remédier[146], ou qui continuent de polluer l'environnement malgré les avertissements des autorités[147], doivent s'attendre à payer de fortes amendes.

J. Le laxisme des organismes gouvernementaux

Il ressort de la jurisprudence récente en particulier que les tribunaux atténuent parfois les sanctions pénales à cause de la négligence ou du laxisme des autorités gouvernementales. Dans l'affaire *R.* v. *Suncor Inc.*, la Cour provinciale de l'Alberta a imposé une amende de 8 000 $ à une société qui avait contrevenu à l'article 33 de la *Loi sur les pêcheries* en déversant de la graisse et de l'huile dans la rivière Athabasca. L'amende maximum prévue est de 50 000 $. Le juge Horrocks a déclaré qu'il avait tenu compte du défaut du gouvernement de l'Alberta de réagir aux actes de pollution de la compagnie pendant les quinze années précédentes : [TRADUCTION] «Si les chiens de garde du gouvernement se moquent du problème, pourquoi la compagnie s'en ferait-elle?[148]» Dans l'affaire *R.* v. *Wilby and Smithaniuk*, Wilby avait renseigné un fonctionnaire sur la nature et l'emplacement d'un quai qu'il avait l'intention de construire. Le fonctionnaire n'avait fait aucune opposition, n'avait pas visité les lieux, ni consigné cette prise de contact, de sorte que Wilby a eu l'impression qu'il avait obtenu une autorisation verbale suffisante. Par la suite, Wilby

et un voisin qui s'était fié à la prise de contact de Wilby et à une lettre qu'il avait reçue d'un autre organisme gouvernemental ont été accusés, en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, d'avoir construit le quai sans autorisation. Le juge Collingwood, en leur imposant une amende de 10 $ chacun, a manifesté son étonnement à l'égard de [TRADUCTION] «l'absence apparente d'un système ou d'une procédure permettant l'examen efficace des demandes de renseignements» adressées au gouvernement[149].

Malheureusement, il est indispensable, en un certain sens, que les tribunaux protègent même les coupables contre la négligence et l'incompétence des gouvernements, et l'atténuation des peines est une bonne façon de le faire. Quoi qu'il en soit, les tribunaux doivent se montrer circonspects en prenant de telles décisions. Il leur faudrait distinguer entre le défaut du ministère public d'intenter rigoureusement des poursuites à l'égard de toutes les infractions, et le fait de fermer les yeux sur des infractions connues des organismes gouvernementaux ou de fournir des mauvais conseils aux justiciables.

Sur ce point, voici ce que le juge Stuart recommande :

> [TRADUCTION]
> Si l'organisme administratif responsable n'insiste pas sur le respect de la loi, ou s'il encourage les contraventions par suite d'autorisations tacites ou expresses, la société contrevenante ne devrait pas être sévèrement punie[150].

Dans l'affaire *R.* v. *Spataro Cheese Products*[151], le tribunal a adopté une attitude semblable. Toutefois, dans une affaire antérieure, *R.* v. *Cyprus-Anvil*[152], le juge O'Connor avait carrément rejeté cette approche :

> [TRADUCTION]
> La responsabilité première pour la conception, la construction, l'inspection et l'entretien du mur de soutènement incombait à la défenderesse. Aucune disposition de la loi, ni le fait que les inspecteurs du gouvernement n'avaient reçu aucune plainte au sujet d'une faiblesse ou d'un défaut quelconque du mur de soutènement, ne permettent de restreindre cette responsabilité ...

Dans l'affaire *B.L.S. Sanitation*[153], le tribunal a rejeté des arguments analogues.

Certaines questions de principes nous amènent à douter du bien-fondé d'un tel raisonnement. Lorsque les dispositions de la loi sont claires, il ne devrait pas être permis aux pollueurs de gagner du temps sous le couvert de consultations et de négociations interminables avec les organismes administratifs.

Aussi, le tribunal n'est pas en mesure d'évaluer si les ressources dont disposent les organismes gouvernementaux pour «assurer efficacement le respect de la loi» sont suffisantes (Voir, *supra*, note 150). Lorsque l'organisme lui-même tolère, comme le dit le juge Stuart, [TRADUCTION] «l'inobservation de la loi par suite d'autorisations tacites ou expresses», la partie défenderesse peut toujours invoquer l'abus de procédure ou se prévaloir d'autres moyens de défense analogues prévus dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

À moins que le gouvernement n'ait formellement assuré que la conduite en cause était acceptable, sa tolérance à l'égard des contrevenants ne devrait normalement constituer qu'un facteur neutre ou secondaire. Le laxisme des autorités aboutit souvent à une première condamnation, plutôt qu'à une condamnation pour

récidive qui entraînerait une amende plus sévère. En règle générale, la clémence du tribunal lors d'une première contravention est un facteur d'atténuation suffisant.

K. Le caractère raisonnable des normes

L'arrêt *United Keno* a abordé de façon très discutable la question connexe du caractère raisonnable des normes réglementaires :

> [TRADUCTION]
> Quoi qu'il en soit, il y a lieu de considérer la preuve de la compagnie tendant à établir le caractère abusif des règlements en matière d'environnement. En l'absence d'une preuve démontrant que les normes édictées favorisent une gestion raisonnable de l'environnement, il convient de diminuer la sévérité de la sanction lorsque la compagnie fait tout son possible pour respecter ces normes. En l'espèce, la preuve démontre effectivement que les normes sont abusives et qu'elles ne sont pas destinées à favoriser un programme défini de gestion de l'environnement[154].

Il est permis de douter que la validité de ces normes puisse être contestée et ce, pour des raisons politiques, juridiques et scientifiques. Le poursuivant n'est pas censé connaître les raisons qui ont poussé le législateur à édicter une norme, ni juger de la valeur scientifique de celle-ci, de manière à se faire une opinion ou d'en faire la preuve. Les fonctionnaires qui œuvrent dans différentes directions au sein d'un même organisme ne partagent peut-être pas le même avis. De plus, les fonctionnaires ou les tribunaux ne sont pas toujours en mesure de connaître l'intention du législateur qui a adopté la loi ou du gouverneur en conseil qui a édicté le règlement.

Quant aux questions écologiques, cet argument ne tient pas compte du degré de subjectivité et d'incertitude qui caractérise toute opinion politique et scientifique au sujet du risque tolérable ou de la norme de sécurité acceptable. Il importe de prendre une décision et de l'exécuter. Le choix d'interdire ou de restreindre une activité doit être fait en l'absence de certitude absolue quant à de nombreux éléments, y compris la persistance et la toxicité des agents de contamination, leurs effets synergiques et cumulatifs, les périodes de latence des maladies, les degrés de susceptibilité des personnes qui sont exposées à ces agents, les voies de migration des polluants et la capacité de l'environnement de les assimiler.

Tant que la souveraineté du Parlement est respectée, les tribunaux sont en mesure de jouer un rôle salutaire mais limité en agissant comme chiens de garde. Bien qu'ils ne puissent refuser de condamner un contrevenant parce qu'une loi est dure, ils peuvent exprimer leurs opinions par le biais du processus de détermination de la peine. Ils doivent cependant faire preuve de circonspection. De tels jugements de valeur peuvent devenir une véritable obsession. Nous pensons que dans l'arrêt susmentionné, le juge Stuart voulait dire, en fait, que la norme édictée avait un caractère oppressif en l'espèce. Nous doutons que le tribunal ait voulu substituer son opinion à la sagesse de l'ordre législatif, qui dispose d'un plus grand nombre de renseignements que le tribunal chargé d'appliquer les normes dans une espèce donnée. Au moment du prononcé de la peine, le tribunal ne devrait exprimer son opinion au sujet du bien-fondé d'une norme que s'il a entendu suffisamment de causes pour être certain de ce qu'il avance.

L. Les condamnations antérieures

Ce critère a la même importance qu'en matière pénale. L'absence d'antécédents est un facteur d'atténuation. En revanche, les condamnations subséquentes entraînent habituellement l'imposition d'amendes beaucoup plus fortes et permettent d'établir ce qui constitue «l'infraction la plus grave[155]».

M. Les conséquences fiscales de l'amende

Si les amendes imposées relativement aux actes de pollution constituent des dépenses déductibles aux fins de l'impôt sur le revenu, elles n'auront pas l'impact voulu par les tribunaux. En matière d'environnement, les tribunaux n'ont pas encore traité cette question. Toutefois, la question de la déductibilité des amendes payées relativement aux infractions réglementaires a été soulevée en droit fiscal dans l'affaire *Day and Ross* c. *La Reine*[156]. Dans cette affaire, la Cour a jugé que le paiement d'amendes totalisant 65 000 $, prononcées contre une entreprise de transports routiers pour excès de poids, était une dépense déductible parce qu'elle avait été déboursée dans le but de produire un revenu et que les contraventions ne constituaient pas des atteintes graves à l'intérêt public. Le professeur Neil Brooks a commenté cet arrêt dans un article intitulé «Computation of Business Income — Deductibility of Fines[157]». Après avoir analysé les divers fondements possibles de cette décision, il a souligné qu'en raison de cet arrêt, les contribuables tiendront compte de l'épargne fiscale lorsqu'ils décideront si le profit escompté justifie le risque encouru. Il semble toutefois que Revenu Canada ait pour politique de ne pas reconnaître le paiement d'amendes comme une dépense déductible[158]. En outre, il y a des chances que l'arrêt *Day and Ross* ne résiste pas au courant contraire qui s'établit en jurisprudence. S'il devait résister, il conviendrait peut-être que les tribunaux prennent l'épargne fiscale en considération avant de déterminer le montant d'amende qui aurait un effet dissuasif.

N. Le congédiement des employés responsables de l'infraction

Les avocats de la défense aiment bien attirer l'attention du tribunal sur le fait que les employés coupables ont été congédiés ou, pour employer une expression plus laconique, «ne travaillent plus pour la compagnie». À notre connaissance, les tribunaux n'ont jamais tenu compte de telles affirmations. Il leur est sans doute impossible de savoir si une modification du personnel a contribué à améliorer la conduite de l'entreprise ou si celle-ci n'a fait que trouver des boucs émissaires.

Bien entendu, le tribunal peut toujours essayer de découvrir si l'employé a agi seul ou s'il s'est conformé à des directives. Pour ce faire, il recevra des preuves concernant la voie hiérarchique au moment de la perpétration de l'infraction, la politique et les méthodes de la compagnie, les directives aux employés, les

programmes de formation des employés et le bien-fondé de la liberté laissée à l'employé. Cela pose toutefois de graves problèmes. Premièrement, il y a un risque de fabrication ou d'exagération de la part des représentants de la compagnie, car la Couronne n'est probablement pas en mesure de fournir des éléments de preuve à l'effet contraire, sauf le témoignage de l'employé congédié qui, la plupart du temps, n'est pas fiable, ou du moins, est sujet à caution. Par ailleurs, la responsabilité des personnes morales, en particulier celle des grandes sociétés commerciales, est diffuse. La plupart des gens croient que la direction des sociétés est réglementée et hiérarchisée, mais dans le cas d'organisations complexes, la hiérarchie est à la fois horizontale et verticale et obéit à des règles formelles et informelles. Il se pourrait que plusieurs services aient été impliqués dans la perpétration de l'infraction. L'employé a peut-être reçu des directives contradictoires. Il peut avoir reçu des directives formelles lui enjoignant d'accorder plus d'importance à la protection de l'environnement alors que ses collaborateurs et supérieurs l'ont incité à produire davantage.

On n'insistera jamais trop sur le fait que les personnes morales et la responsabilité de celles-ci ne sont pas des réalités objectives. Elles ont été constituées pour répondre à des besoins sociaux. L'«âme dirigeante», le «*mens rea*», ou la «personnalité» d'une société sont des fictions juridiques qui ont été créées dans certains buts. C'est pourquoi, il importe d'aborder le processus de détermination de la peine de façon pragmatique en visant la dissuasion générale et spécifique, sans avoir à se préoccuper outre mesure de questions d'intérêt passager comme la responsabilité d'un employé ou d'un cadre d'une société. Dans de tels cas, nous préférons la solution préconisée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R.* v. *Adam Clark Co. Ltd.*[159]. Dans cette affaire concernant des accusations portées en vertu du paragraphe 383(3) du *Code criminel* (le fait d'accepter ou d'offrir des commissions secrètes), les auteurs de l'infraction avaient quitté la compagnie et cessé leurs activités, au moment du prononcé de la peine, et la compagnie avait été achetée par un nouveau groupe d'actionnaires qui n'avaient jamais eu connaissance des activités illicites de la société. La Cour a décidé ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> ... le fait que les actionnaires actuels n'étaient pas impliqués dans la perpétration des infractions est certes un facteur à prendre en considération dans la détermination du montant des amendes, mais cela ne pare pas à la nécessité d'imposer une sanction qui aura un effet dissuasif général et de faire bien comprendre aux sociétés qu'elles ont le devoir de surveiller adéquatement leurs employés dans l'exercice de leurs fonctions.

O. Les efforts à déployer pour prévenir la pollution

Peu de choses ont été dites sur cette question, mais il est permis de supposer que s'il existe des mesures de prévention simples et peu coûteuses, l'inaction devrait constituer une circonstance aggravante. En revanche, dans le cas de certains types d'activités, les tribunaux ont pris en considération la difficulté de prévenir la pollution, mais ils ont tenu à préciser que cela ne devrait pas être un facteur déterminant[160]. Si une compagnie décide d'exercer des activités complexes et

dangereuses, elle doit assumer les conséquences de sa décision. À notre avis, une personne qui, *en connaissance de cause*, exerce des activités dans des conditions difficiles à maîtriser et qui ne prend pas toutes les mesures nécessaires pour prévenir la pollution de l'environnement, est plus coupable qu'une personne qui exerce des activités présentant moins de risques. En effet, elle a violé des normes de sécurité plus strictes auxquelles elle était tenue. Dans une telle situation, la connaissance de ces difficultés est une circonstance aggravante et non atténuante.

P. La contribution des entreprises au bien-être de la société

Bien que l'utilité des entreprises commerciales pour la communauté soit reconnue par les tribunaux, cela ne veut pas dire qu'il faut préférer les profits aux personnes. Ainsi, le juge Dnieper affirme :

> [TRADUCTION]
> Bien entendu, notre société a besoin des produits fabriqués par ces entreprises et sociétés, mais cela ne doit pas se faire au détriment d'autrui. Il incombe au fabricant de veiller à ce que personne n'en souffre[161].

III. La détermination de la peine en matière d'environnement obéit-elle à des règles particulières?

A. Discussion

Dans plusieurs arrêts, les juges ont soutenu expressément ou implicitement que la détermination de la peine pour des infractions contre le bien-être public, en particulier s'il s'agit d'environnement, obéit à des principes différents de ceux qui régissent ce processus en matière pénale[162]. Comme nous l'avons déjà démontré, les juges sont aux prises avec la question de savoir si les infractions contre l'environnement sont moralement mauvaises et si la peine doit donc marquer la réprobation, ou si elles sont moralement neutres et si par conséquent la dissuasion est le facteur primordial, l'aspect punitif ne jouant qu'un rôle accessoire pour atténuer la sévérité de la peine.

Si la négligence est une conduite moralement neutre, alors le châtiment n'a peut-être pour seul but que de priver le contrevenant des avantages qu'il a obtenus indûment en raison de l'inobservation de la loi, en plus de dissuader tous ceux, y compris lui-même, qui seraient tentés d'y contrevenir. Dans ce cas, la répression sous forme de «punition» qui vient s'ajouter à la dissuasion a une portée sinon inexistante, du moins limitée. Mais la négligence est-elle vraiment une conduite moralement neutre, ou existe-t-il, dans le cas des infractions contre le bien-être public, une

hiérarchie morale, allant de la conduite moralement neutre à la conduite criminelle? La négligence dans la manipulation de dioxyde est-elle moralement répréhensible au même titre que la négligence à l'égard de la poussière d'un grenier? Ou pour reprendre l'exemple cité par Weiler[6], peut-on comparer l'interdiction de stationnement sur un campus universitaire à celle du stationnement devant la porte d'entrée de la salle d'urgence d'un centre hospitalier? Il n'existe probablement pas de dichotomie entre les infractions *mala per se* et les *mala prohibitum*, mais un ensemble de conduites dont les circonstances propres à chacune doivent être analysées en trouvant le juste milieu entre l'approche morale et l'approche utilitaire. Les distinctions les plus importantes ne doivent pas être établies entre les infractions «criminelles» et les infractions «réglementaires», mais entre les infractions «de moyens» et les infractions de «résultats», entre les «omissions» et les «actes», entre les «crimes violents» et les «crimes économiques» et entre les «personnes morales» et les «personnes physiques».

Toutefois, en matière de sanction, les distinctions les plus importantes sont d'ordre pratique plutôt que théorique, et tiennent au fait que la plupart des pollueurs sont des sociétés commerciales et que la pollution est inhérente à de nombreuses activités utiles pour la société et qu'elle peut être difficile, voire même impossible, à enrayer.

Les actes de pollution sont analogues aux crimes économiques et financiers. Pour mieux comprendre la nature spécifique des infractions contre l'environnement et puiser des renseignements utiles en vue d'élaborer des sanctions innovatrices et efficaces, les ouvrages sur la délinquance d'affaires se révèlent les sources les plus fécondes. À certains égards, la difficulté à imposer des sanctions aux sociétés commerciales tient à l'absence de règles de droit adaptées à leur spécificité. En effet, les sociétés commerciales peuvent être conçues et organisées de manière à ce que chacun soit pénalement responsable ou, au contraire, à ce que personne ne le soit. Bien souvent, le poursuivant est confronté au choix suivant : doit-il intenter des poursuites contre un employé subalterne, un dirigeant ou la société elle-même? Les règles de preuve le mettent peut-être dans l'impossibilité de les poursuivre tous. De plus, la condamnation de l'un peut exclure celle des autres. En cas de condamnation de la société et des personnes physiques qui la composent, les tribunaux hésiteront peut-être à imposer une peine à tous les contrevenants à la fois.

Par contre, pour que la dissuasion soit efficace, il peut être nécessaire de condamner et la société et ses employés, et d'imposer des sanctions à tous. Si seul le particulier reçoit une peine, la société commerciale pourra toujours arguer de la théorie de la responsabilité du «mauvais employé». Dès lors, la société n'a aucun «casier judiciaire» et ne risque pas de se voir imposer des amendes plus sévères si elle récidive.

L'hypothèse où seule la société se verrait condamner soulève également des difficultés. À l'occasion, il se trouve un mauvais élément parmi les dirigeants ou les propriétaires d'une entreprise. Cette personne peut passer d'une société à l'autre sans jamais engager sa responsabilité pénale. Plus fréquent est le cas de la société commerciale factice à l'égard de laquelle le recouvrement de l'amende imposée reste illusoire.

Une réforme du droit substantif s'impose avant de procéder à une répartition équitable de la responsabilité quasi pénale entre les personnes morales et leurs «représentants» physiques. Une telle réforme réglerait sans doute certains problèmes que pose le processus de détermination de la peine. Cependant, l'établissement d'un régime de responsabilité solidaire ne résoudrait pas tous les problèmes qui découlent des sanctions applicables aux sociétés commerciales. Comme le fait remarquer Stone, il y a lieu également de procéder à une réforme institutionnelle afin que la société commerciale soit moins susceptible de servir d'instrument de subordination des valeurs humaines aux intérêts économiques et de diminution de la responsabilité personnelle relativement à des actes antisociaux[164].

La détermination de la peine en matière d'environnement se distingue également par la difficulté à éliminer certains types de pollution.

Très souvent, la pollution est la conséquence d'activités licites qui profitent à la collectivité. La pollution est causée par des déchets provenant de ces activités. Or, il n'existe pas encore de méthode parfaite et infaillible pour réduire, recycler, entreposer ou éliminer ces déchets.

D'une part, les tribunaux reconnaissent l'importance spéciale qui doit être accordée à la lutte contre la pollution ainsi que la nécessité de déployer tous les efforts possibles en vue de protéger notre environnement fragile et de réparer les dommages déjà causés. Les tribunaux reconnaissent sinon expressément, du moins implicitement, que même si ces dommages sont souvent causés indirectement et que leurs effets sont cumulatifs et ne se font sentir que graduellement, la seule façon d'en annuler les conséquences à long terme consiste à prévenir les incidents isolés qui les produisent :

> [TRADUCTION]
> La lutte contre la pollution ne se limite pas à notre province. C'est également une question d'intérêt national et international. La pollution est sans doute l'un des plus grands fléaux qu'ait jamais connu l'humanité et l'homme lui a déclaré la guerre en édictant des lois prohibitives comportant des dispositions réglementaires comme la *Loi sur la Commission des ressources en eau de l'Ontario*.
>
> C'est pourquoi il importe de prendre en considération cet aspect dissuasif quand il s'agit de déterminer quelle est la sanction pénale appropriée dans le cas d'une personne qui contrevient à une disposition pénale de cette Loi, car il faut non seulement dissuader ce contrevenant de commettre de nouveau cette infraction contre l'humanité, mais aussi dissuader d'autres qui seraient tentés de l'imiter[165].

D'autre part, les tribunaux savent, lorsqu'ils rendent un verdict ou du moins au moment du prononcé de la peine, que cette menace à long terme doit être conjurée en tenant compte de la réalité technologique et économique d'aujourd'hui.

Dans l'affaire *R. v. North Vancouver*[166], la corporation du district de Vancouver-Nord exploitait une station d'épuration d'eaux usées située à côté d'Hastings Creek, qui contenait un parc de saumon. En cas de débordement des eaux usées, la station en déversait une certaine quantité dans la crique. D'après les plans de la station, il ne pouvait en être autrement, car les eaux usées risquaient de remonter dans les maisons ou les rues de la ville et de menacer la santé des habitants.

La Cour a reconnu (à la page 158) que pour protéger la santé publique, le système avait été conçu [TRADUCTION] «de manière à faire exactement ce qui est

interdit par la *Loi sur les pêcheries*», qu'il avait été exploité conformément aux normes techniques reconnues et que d'autres méthodes étaient impraticables ou trop onéreuses.

En outre, elle a affirmé que lorsque la pollution est la conséquence de l'exploitation planifiée d'un système complexe et coûteux existant, trois types de sanctions peuvent être envisagés, en fonction de la disponibilité de solutions de rechange réalistes :

> [TRADUCTION]
> 1) S'il n'existe aucun procédé qui pourrait remplacer celui dont l'exploitation transgresse les règles en matière d'environnement, il serait absurde d'imposer une amende, quelle qu'elle soit ...
>
> 2) S'il existe un procédé de remplacement, mais qui n'est pas généralisé ni éprouvé, du moins dans le pays, la Cour devrait envisager l'imposition d'une peine qui obligera les contrevenants à multiplier leurs efforts en vue d'instaurer ce nouveau système ou d'en étudier d'autres ...
>
> 3) S'il existe un système, dont l'utilisation est très répandue dans d'autres endroits, que l'accusé avait les moyens de payer mais qu'il a refusé de payer pour des raisons de priorités budgétaires, la peine devrait être assez sévère pour traduire la désapprobation du tribunal et forcer l'accusé à réviser ses priorités[167].

Nous avons souligné précédemment qu'il ne semble y avoir aucune différence fondamentale entre les principes de détermination de la peine en matière pénale et les principes de détermination de la peine en matière d'infractions contre le bien-être public. Cependant, l'accent n'est pas mis sur les mêmes principes au moment du prononcé de la peine.

Il semble que l'infraction commise par négligence se prête davantage à la dissuasion générale, à la prise en considération des dommages réels ou potentiels et du rôle de la victime, et à un choix plus complet de sanctions qui visent la prévention, la réparation et l'indemnisation.

Bien qu'il n'existe, en droit pénal, aucun obstacle insurmontable à l'examen de ces considérations, ces dernières prennent de plus en plus de place dans le cas d'infractions qui procèdent de la négligence et ce, en raison de l'importance accrue accordée au risque de dommages par rapport au *mens rea*. On peut s'attendre à ce que les sanctions pénales soient plus sévères et plus variées à l'avenir. C'est ce qui ressort de certaines déclarations judiciaires, précitées, dans l'arrêt *Sault Ste-Marie*, et dans l'arrêt *Cotton Felts*, par exemple, où le tribunal a déclaré : [TRADUCTION] «[d]ans une très large mesure, l'application des lois [de bien-être public] s'effectue par l'imposition d'amendes aux sociétés commerciales contrevenantes[168]».

Caractériser les infractions contre le bien-être public comme des délits civils plutôt que des infractions criminelles permet également d'innover dans le processus de détermination de la peine. D'aucuns considèrent que lorsque l'infraction ne revêt pas le caractère ignominieux du crime et que la liberté individuelle n'est pas en jeu, il y a lieu de relâcher la procédure pénale. Ainsi, en matière pénale, la Couronne est tenue de communiquer la preuve à la partie défenderesse tandis que l'accusé, lui, a le droit de garder le silence. De plus, il faut obtenir la délivrance de mandats de perquisition pour recueillir certains éléments de preuve. Par contre, en matière civile, il est normal que les parties divulguent les éléments de preuve qu'elles possèdent et

produisent les écrits dont elles allèguent l'existence. De même, la différence entre ces deux types d'infractions peut justifier des renversements du fardeau de la preuve qui ne sauraient être tolérés en matière pénale. Par exemple, quand la Couronne est dans l'impossibilité de prouver la négligence de la défenderesse en raison de la complexité de la structure de la société, des accords commerciaux et des équipements antipollution, la Cour suprême fait supporter à la défenderesse la charge de prouver sa diligence raisonnable. Puisque seule la société commerciale est habituellement en mesure d'établir sa taille et ses ressources, les bénéfices qu'elle a réalisés par suite de l'infraction ainsi que les coûts et les bénéfices résultant du respect de la loi, il y aurait peut-être lieu de modifier certains aspects du processus de détermination de la peine, comme a) la charge de prouver la capacité de payer ou le gain illicite, qui incomberait désormais à l'accusé; b) la communication de la preuve en faveur de la Couronne; ou c) la tenue d'une audition séparée devant un autre fonctionnaire judiciaire (comme un protonotaire en matière civile), pour régler la question du montant de l'amende.

En outre, considérer les infractions contre le bien-être public comme des délits civils peut favoriser davantage le recours au processus de détermination de la peine en vue de pourvoir à l'indemnisation des victimes ou à la réparation des dommages. La thèse selon laquelle les tribunaux de juridiction pénale ne sont pas des «agences de perception» ne résiste pas à l'analyse si l'on attribue un caractère civil à ces infractions, car la poursuite «civile», au vrai sens du terme, comporte non seulement l'idée d'un redressement de torts, mais également celle d'une réparation sous la forme d'injonctions et de dommages-intérêts.

Bref, en voulant comparer les infractions contre le bien-être public à des délits civils de manière à les soustraire à la procédure pénale et à les soumettre au critère de la responsabilité fondée sur la doctrine de la négligence, empruntée au common law, les tribunaux et le législateur ont embrouillé la distinction qui existait entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale. Comme ces étiquettes ne sont plus immuables, il importe avant tout de trouver la procédure et la réparation ou la punition les plus aptes à servir les intérêts de la collectivité.

Cette démystification des étiquettes nous permet de constater que même si l'accusé, qui demande la clémence du tribunal, a le fardeau de prouver qu'il la mérite, cela ne veut pas dire qu'il est obligé de s'auto-accuser ou de subir une atteinte à ses droits et libertés fondamentaux. Il a le droit de garder le silence, mais le tribunal est en droit de présumer qu'il a les moyens de payer n'importe quelle amende jusqu'à concurrence du maximum fixé par la loi. De même, notre thèse suppose qu'il est équitable de tenir compte des victimes dans la détermination de la peine. Il est permis de douter que les critères se trouvent dans les termes «civil» et «criminel», mais à supposer que ce soit le cas, caractériser les infractions contre l'environnement comme des délits «civils» donne plus de poids à nos recommandations.

B. Conclusion

La grande majorité des causes en matière de pollution ne comportent pas les circonstances aggravantes qui pourraient justifier l'imposition d'amendes plus fortes. Mais lorsque ces circonstances sont présentes, une attitude compatissante à l'égard des personnes dont la capacité de payer est limitée aura habituellement pour effet d'atténuer la peine qui devrait se rattacher à la gravité de l'infraction. Vu ces faits, on ne peut affirmer de façon catégorique que l'échelle d'amendes actuelle est déraisonnable. Dès lors, il faut conclure que les amendes ont un effet dissuasif raisonnable dans des cas particuliers, encore qu'il soit douteux qu'elles aient un effet de dissuasion générale. Il conviendrait même, dans certains cas, de diminuer les amendes afin de traduire le caractère bénin de l'infraction.

Toutefois, les àmendes actuelles ne permettent pas de régler les cas exceptionnels suivants : lorsque le dommage ou l'activité illicite persistent et que l'imposition d'une amende n'est pas suffisante pour dissuader le contrevenant; lorsque l'infraction est grave mais qu'une amende proportionnée à la gravité de l'infraction écraserait financièrement le contrevenant; lorsque l'infraction est commise par une grande société commerciale; lorsqu'il s'agit d'une infraction comportant le *mens rea*; lorsque l'infraction cause des dommages considérables; lorsqu'il s'agit d'infractions qui procèdent de l'utilisation de substances particulièrement dangereuses; lorsque l'économie ou le bénéfice réalisés par la perpétration de l'infraction dépassent l'amende maximum prévue par la loi; enfin, dans les cas de destruction d'environnements extrêmement fragiles.

Il ne s'agit pas d'abolir le régime actuel qui, soulignons-le, convient la plupart du temps, mais d'ajouter des mesures qui visent exclusivement les situations exceptionnelles. Au risque de pécher contre la règle de l'uniformité, nous pensons qu'en cette matière, il n'est pas souhaitable d'assurer l'uniformité pour l'uniformité. En effet, dans les lois relatives à l'environnement, la diversité des peines a toujours reflété la multitude des variables en cause.

PARTIE II

Propositions de réforme

IV. Les amendes

D'une façon générale, le public considère que les actes de pollution sont des crimes graves et que le problème se perpétue parce que les tribunaux permettent aux pollueurs de s'en tirer à bon compte.

Cette perception du public peut être illustrée par la réaction suivante du rédacteur en chef du quotidien *Windsor Star*[169] lorsque la Commission de réforme du droit du Canada a annoncé qu'elle entreprendrait une étude sur l'opportunité d'insérer dans le *Code criminel* des infractions en matière de pollution :

> [TRADUCTION]
> En ce qui concerne la responsabilité pénale dans le domaine de la pollution, il est probable que le simple citoyen n'hésiterait pas à exiger du législateur de rendre punissable, en vertu du *Code criminel*, le fait de commettre des actes de pollution contre l'environnement.
>
> Nous, qui habitons une ville comme Windsor, devrions être en mesure de convaincre quiconque de la nécessité d'imposer des sanctions pénales plus sévères afin de lutter contre un fléau qui ne cesse d'empirer.
>
> La plupart des lois en vigueur ne prévoient que des sanctions qui ne sont ni plus ni moins que de simples réprimandes, des amendes que certains pollueurs peuvent assimiler à des droits de permis de polluer.

Si cette opinion stéréotypée selon laquelle les actes de pollution constituent des atteintes délibérées à la santé publique ou une destruction massive de l'environnement était absolument exacte, il faudrait sans doute envisager l'insertion de peines plus sévères dans les lois ou l'imposition de sanctions plus sévères par les tribunaux. Toutefois, il ressort d'une analyse des arrêts publiés et non publiés des dix dernières années que la grande majorité des causes entendues par les tribunaux ne répondent pas à cette description. La plupart des affaires impliquent non pas des grandes sociétés commerciales puissantes, mais des petites entreprises dont les ressources pécuniaires sont limitées. La plupart du temps, il s'agit d'une fuite accidentelle d'une petite quantité de substances peu dangereuses, qui peut être nettoyée rapidement et qui, à toutes fins utiles, n'a causé qu'un préjudice mineur à l'environnement ou à la santé humaine.

Dans le cas des infractions typiques, on ne peut conclure d'emblée à l'insuffisance de nombre d'amendes maximums fixées par les lois fédérales et provinciales, ni des amendes imposées par les tribunaux. En fait, dans certains cas, les amendes maximums prévues (et non celles que les tribunaux infligent) sont disproportionnées à la gravité de l'infraction. La difficulté tient au fait que les amendes ne règlent pas

à elles seules certains problèmes ou certaines situations exceptionnelles : celles où sont en cause des contrevenants très riches ou celles qui mettent en jeu des infractions très graves. Nos recommandations visent ces cas particuliers.

A. Les amendes maximums disproportionnées

Les infractions contre l'environnement consistent dans la transgression de deux types de dispositions : premièrement, celles qui interdisent ou limitent le déversement ou l'émission de substances dangereuses dans l'environnement; deuxièmement, les règles de procédure et les formalités relatives aux droits de permis d'exercer certains types d'activités ainsi qu'à l'obligation de rendre compte des changements d'activités de l'entreprise, d'enregistrer des documents et de remplir des formulaires. En règle générale, le premier type de dispositions comporte des peines maximums plus sévères que le second. Mais il y a des exceptions. Il arrive parfois que la violation d'une règle de forme soit sujette aux mêmes sanctions qu'un acte de pollution. Soulignons que dans les deux cas, le risque inhérent à la perpétration de l'infraction peut être insignifiant ou, au contraire, catastrophique.

Toutefois, la plupart des violations des règles de procédure comportent un risque négligeable, pourvu que ces règles soient appliquées de façon équitable et que les poursuites ne soient pas des mesures de dernier recours réservées aux cas les plus graves. Par exemple, en vertu de la *Loi de 1971 sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, tout chargement d'eaux usées d'origine industrielle doit être accompagné d'un récépissé sur lequel sont indiqués la source des eaux usées, le type et la quantité de celles-ci et le lieu de leur destination. Le défaut de bien remplir la formule ou d'en envoyer une copie au ministre de l'Environnement est une infraction[170] passible d'une amende de 2 000 $, au même titre que le transport ou l'évacuation illicites de déchets. Par ailleurs, les causes des infractions sont nombreuses. Il peut s'agir d'une omission de remplir une formule, même si par ailleurs, la manutention des matériaux était conforme aux normes de sécurité et aux autres règles et règlements, ou encore d'un complot en vue de transporter et d'évacuer illégalement des déchets toxiques ou de frauder des clients. Dans le cas d'infractions pour lesquelles la preuve de *mens rea* n'est pas nécessaire ou qui ne causent aucun danger, il serait déraisonnable de s'attendre à ce que les tribunaux infligent une forte amende. En revanche, il est normal de s'attendre à l'imposition de l'amende maximum ou d'une amende encore plus sévère dans le cas d'infractions graves.

Dans un autre document[171], l'un des auteurs de la présente étude soutient que les amendes maximums élevées dans le cas d'infractions ne comportant aucun risque ou presque n'ont pas l'effet voulu. Il est peu probable qu'un tribunal, parce que le maximum est très élevé, voit la nécessité d'imposer une amende disproportionnée à la gravité de l'infraction ou aux moyens de l'accusé, mais comme cette possibilité existe, les autorités hésiteront peut-être avant d'intenter des poursuites relativement à des infractions mineures et, d'autre part, l'accusé n'aura d'autre choix que de se défendre contre l'accusation. En outre, l'imposition d'amendes insignifiantes qui ne

traduisent pas les coûts importants de l'enquête et de la poursuite ni la sévérité des peines maximums prévues contribue à convaincre l'opinion publique du laxisme des tribunaux et de l'incompétence des organismes administratifs.

Nous pensons que la solution à ce problème ne réside pas dans la réduction des amendes maximums fixées par le législateur, qui doivent être maintenues et imposées dans les pires cas, mais dans la création, comme dans le *Code criminel*, d'un ou plusieurs choix de procédure. Ainsi, l'amende maximum prévue selon les circonstances varierait en fonction du choix exercé par le poursuivant.

À l'heure actuelle, il existe une loi fédérale, la *Loi sur les contaminants de l'environnement*, qui donne à la Couronne le choix de poursuivre par voie de mise en accusation ou de poursuite sommaire. L'Ontario tente de faire de même avec sa nouvelle *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1980, chap. 400. Cette loi permet au poursuivant de distinguer entre les infractions graves et les infractions moins graves sans pour autant priver l'accusé de son droit de subir un procès, s'il le désire. La Loi prévoit deux séries de règles de procédure, l'une pour les simples contraventions, l'autre pour les infractions plus graves. Le poursuivant peut exercer son option indépendamment de la gravité de l'infraction. C'est la gravité de la conduite reprochée, plutôt que la gravité de l'infraction elle-même, qui détermine si une procédure plus formelle s'impose ou s'il y a lieu de recourir à une procédure plus simple et plus expéditive.

Lorsque le fonctionnaire chargé de faire respecter la loi estime que l'infraction mérite une amende inférieure à 300 $, il peut immédiatement remettre au contrevenant une contravention sur laquelle il décrit l'infraction en quelques mots comme, par exemple, «émission de fumée noire». Cela évite d'avoir à rédiger une dénonciation sous serment et à signifier une sommation. L'accusé peut comparaître devant le tribunal à n'importe quel moment avant l'expiration du délai prescrit ou lui faire parvenir une justification écrite de sa conduite, sans qu'il soit nécessaire de fixer une date de procès ou de témoigner verbalement. Par ailleurs, il peut toujours se prévaloir de son droit de subir un procès.

Dans le cas d'une contravention, le règlement prévoit l'imposition d'une amende fixe dont le montant peut atteindre 300 $. Des amendes fixes ont été établies dans le cas de nombreuses infractions ne causant que des dommages limités ou comportant peu de risques, comme l'entretien inadéquat d'installations septiques, l'installation incorrecte de toilettes à bord de bateaux de plaisance, le fait de jeter des détritus et le fait de débrancher l'équipement antipollution des voitures. Les amendes sont généralement de 75 $ ou de 150 $.

Dans le cas de violations que la Couronne considère trop graves pour entraîner l'imposition d'une amende fixe mais trop bénignes pour justifier une amende maximum, le poursuivant peut signifier une sommation au contrevenant au lieu de lui remettre une contravention. La peine maximum prévue est de 300 $, mais il n'y a pas d'amende fixe. Cette procédure est moins onéreuse que si le contrevenant était passible de toute la gamme d'amendes prévues, mais ce dernier doit comparaître devant le tribunal pour répondre au chef d'accusation et la Couronne peut demander au tribunal de lui infliger une amende jusqu'à concurrence du maximum de 300 $.

Si le fonctionnaire estime qu'il y a lieu de prononcer une peine plus sévère, ou si la Couronne décide subséquemment de demander l'imposition d'une peine plus sévère que celle dont l'accusé a été averti, la loi prévoit le recours à une procédure plus formelle. Dans ce cas, le plaignant fait une dénonciation sous serment et l'accusé se voit forcer de comparaître par voie de sommation ou de mandat d'amener.

Cette procédure a l'avantage d'être souple. Il est permis à la Couronne de demander l'imposition d'amendes minimums dans le cas d'infractions mineures, et l'imposition de fortes amendes dans les cas les plus graves. En facilitant ainsi la tâche aux fonctionnaires qui doivent porter des accusations relativement à des infractions mineures et en assurant les contrevenants qu'à la suite d'un aveu de culpabilité, ils seront frappés d'une amende proportionnée à la gravité de l'infraction et à leur capacité de payer, le double régime aurait pour effet d'augmenter le nombre de condamnations, d'assurer l'imposition d'amendes plus équitables et, d'une façon générale, de réaliser davantage l'objectif de dissuasion.

B. L'augmentation des amendes maximums qui sont nettement insuffisantes

Comme nous le verrons plus loin, l'augmentation générale des amendes maximums n'est pas souhaitable, mais il ressort d'un examen des sanctions pénales actuelles qu'il subsiste des écarts énormes entre les différentes peines maximums prévues par différentes lois pour des infractions similaires. Quelques-unes de ces peines sont manifestement insuffisantes et devront probablement être augmentées. Elles reflètent peut-être des valeurs plus anciennes qui sont devenues désuètes, ou alors elles se rattachent à des infractions en droit strict dont les conséquences préjudiciables sont mieux connues maintenant qu'au moment où les maximums ont été fixés par le législateur.

Dans les lois fédérales, les amendes maximums pour une première infraction de pollution varient entre 300 $ (*Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*, S.R.C. 1970, chap. M-12, par. 12(1)) et 200 000 $ (*Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique*, S.C. 1970-71-72, chap. 47, par. 33(1)). Dans les provinces, ces amendes varient entre 50 $, dans le cas de certaines lois de protection de l'environnement de Terre-Neuve[172], et 5 000 $ en Ontario[173], en Nouvelle-Écosse[174] et au Québec[175].

D'autres actes de destruction de l'environnement entraînent également des amendes insuffisantes. Par exemple, en Ontario, quiconque endommage ou détruit les arbres et les forêts est passible d'une amende de 20 $ dans certains lois[176] alors que l'amende maximum prévue dans d'autres lois[177] est de 5 000 $. En 1979, la *Loi sur les arbres* a été modifiée de telle sorte que l'amende imposable par suite de la destruction de pépinières est passée de 500 $ à 5 000 $. Par ailleurs, l'amende imposable relativement à l'abattage d'un arbre le long d'une ligne de division sans le consentement des deux propriétaires est passée de 25 $ à 1 000 $. L'ancienne sanction avait été fixée en 1883 et n'avait pas été augmentée depuis quatre-vingt-seize ans. Comme les amendes prévues par la plupart des lois sylvicoles n'ont pas été révisées, elles constituent, à toutes fins utiles, un droit de permis d'abattage[178].

Les amendes prévues pour certaines infractions en droit strict méritent également un examen approfondi. Par exemple, bien qu'un acte de pollution entraîne une amende de 5 000 $ en vertu de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1980, chap. 361, par. 16(1), cette loi renferme également un certain nombre d'infractions en droit strict qui peuvent contribuer à polluer l'environnement mais qui comportent des amendes beaucoup moins sévères; en effet, l'inobservation d'une ordonnance relative à l'épuration adéquate des égoûts ou d'un ordre de cesser des travaux d'évacuation qui gênent le fonctionnement normal d'une station d'épuration des eaux usées[179], rend passible d'une amende maximum de 200 $; l'inobservation d'une ordonnance visant l'entretien adéquat d'une station d'épuration[180] est sujette à l'imposition d'une amende de 500 $; enfin, quiconque installe ou agrandit une station d'épuration sans autorisation est passible d'une amende de 2 000 $[181].

Les infractions relatives à la gestion des déchets sont typiques des infractions «en droit strict» dont les conséquences préjudiciables n'avaient pas toutes été envisagées au moment de la détermination des sanctions applicables. La plupart des dispositions législatives ont été édictées à une époque où le législateur était préoccupé surtout par les déchets domestiques solides et les rebuts de construction relativement inoffensifs. Ainsi, quiconque exploite un dépotoir sans permis est passible d'une peine moins sévère que celui qui déverse ou émet des polluants. Depuis certains incidents comme Love Canal, nous savons que le déversement de produits chimiques toxiques dans des lieux non reconnus dont les fonctionnaires et les promoteurs immobiliers ignorent l'existence risque de causer, quelques décennies plus tard, des préjudices graves à l'environnement et à la santé publique. Pourtant, dans la plupart des provinces, l'exploitation illicite d'un dépotoir entraîne les mêmes sanctions légères qu'il y a dix ans[182].

Quant aux peines insuffisantes prévues par les lois fédérales et provinciales, nous pensons qu'il faudrait envisager d'en augmenter les limites. Dans le cas des infractions en droit strict, les peines devraient être révisées en tenant compte des connaissances acquises au sujet des risques et des dommages potentiels en cause. Les poursuites relatives à ces infractions pourraient s'avérer un moyen efficace de prévenir certaines conduites dangereuses malgré l'absence de pollution ou de risques prévisibles, pourvu que les peines soient suffisamment sévères.

Il existe, selon nous, deux méthodes valables pour augmenter les amendes insuffisantes dans le cas des infractions en droit strict. La première consiste à augmenter toutes les amendes maximums et à établir deux procédures distinctes, assorties d'amendes plus ou moins fortes selon qu'il s'agit d'infractions comportant plus ou moins de risques. L'autre solution, que nous verrons plus loin, consiste à maintenir l'échelle d'amendes actuelle et à prévoir des sanctions plus fortes que le maximum prévu dans certaines circonstances particulières, comme lorsque l'infraction comporte un risque élevé de dommages.

Il faut tenir compte, chaque fois que l'on est en présence d'une infraction en droit strict, de l'inconvénient d'une augmentation des amendes. Depuis l'arrêt *Sault Ste-Marie*, les tribunaux considèrent le déversement ou l'émission de polluants comme des infractions de responsabilité stricte, surtout en raison des fortes amendes qu'elles comportent. Quant aux infractions en droit strict, comme le défaut d'obtenir

les permis exigés par la loi ou le fait de ne pas rapporter un incident de pollution, ils ont tendance à les tenir pour des infractions de responsabilité absolue. Étant donné que les tribunaux classent les infractions notamment en fonction du montant de l'amende, en particulier au regard de l'ensemble des dispositions de la Loi[183], l'augmentation des peines maximums ferait perdre au poursuivant l'avantage de qualifier ces infractions d'infractions de responsabilité absolue plutôt que de responsabilité stricte.

C. L'augmentation générale des amendes maximums

Comme nous l'avons mentionné plus haut, le public considère généralement que les amendes maximums sont trop insignifiantes pour avoir un effet dissuasif et, par voie de conséquence, qu'elles devraient être augmentées. Nous ne partageons pas cet avis. Les amendes maximums de 5 000 $ prévues par les lois ontariennes, néo-écossaises et québécoises nous paraissent plus que suffisantes pour traduire la gravité de l'infraction typique et la capacité de payer de la plupart des particuliers et de nombreuses petites entreprises. Les tribunaux semblent s'en accommoder et imposent la plupart du temps des amendes largement inférieures aux amendes maximums prévues. Par ailleurs, il leur est possible d'infliger des sanctions plus sévères, car très souvent, les contrevenants sont reconnus coupables à plus d'un chef d'accusation. La condamnation à plusieurs chefs d'accusation conduit souvent à l'imposition d'une amende dont le montant est inférieur à l'amende maximum prévue pour une seule infraction plutôt qu'à l'imposition d'une amende plus forte. Cela dénote que les tribunaux ne cherchent pas à augmenter le montant des amendes. Par contre, dans le cas des lois fédérales dont les amendes maximums sont passées de 5 000 $ à 50 000 $ ou plus[184], ou dans les cas où la loi, qui a été adoptée récemment, prévoyait au départ de fortes amendes maximums[185], il arrive que les tribunaux infligent ces fortes amendes relativement à chaque chef d'accusation, ou à l'ensemble des chefs d'accusation, le cas échéant[186].

Il y a deux façons d'augmenter les amendes maximums. La première consiste à hausser le plafond fixé pour les amendes et ce, pour toutes les infractions et tous les contrevenants. C'est ce que le gouvernement fédéral a fait. La deuxième consiste à maintenir l'échelle d'amendes actuelle pour les cas «ordinaires» et à insérer de nouvelles dispositions visant les cas exceptionnels. Ces dispositions pourraient prévoir notamment l'imposition d'amendes plus sévères dans le cas des grandes sociétés commerciales, des infractions continues et des récidivistes. Dans certains cas mettant en jeu des facteurs d'aggravation, il devrait être prévu des sanctions non pécuniaires comme des peines d'emprisonnement, la confiscation de biens, la mise en tutelle, la réparation des dommages et l'indemnisation des victimes. Ces mesures seront étudiées plus loin. Nous nous contentons, pour le moment, d'examiner les différents choix qui nous sont offerts pour modifier les montants des amendes.

Le plus simple serait d'augmenter l'amende maximum de façon que les tribunaux aient une plus grande marge de manœuvre. L'augmentation générale des amendes risque de n'être qu'une mesure symbolique car, dans un tel cas, les

tribunaux imposeraient rarement les amendes maximums. À moins que cela ne conduise à l'imposition générale de fortes amendes, l'écart qui existe actuellement entre les maximums symboliques et les amendes qui sont imposées effectivement risque de s'agrandir davantage. Dans la mesure où le problème des «amendes insignifiantes» existe bien plus dans l'esprit des gens que dans la réalité, cet écart pourrait aggraver le problème au lieu de le résoudre.

Afin de vérifier si l'établissement d'amendes maximums plus élevées inciterait, d'une façon générale, les tribunaux à imposer des amendes plus fortes dans les cas typiques, il y a lieu d'examiner les résultats obtenus par suite de l'augmentation des amendes maximums prévues par la *Loi sur les pêcheries*, l'une des lois de protection de l'environnement en vertu desquelles les autorités exercent le plus souvent des recours. En 1977, plusieurs sanctions pénales prévues par cette Loi ont été augmentées. Mentionnons notamment l'amende prévue en cas de violation du paragraphe 33(2), l'interdiction générale de polluer, qui est passée de 5 000 $ à 50 000 $ dans le cas d'une première infraction et à 100 000 $ pour chaque infraction subséquente.

Si la meilleure approche consiste à augmenter le plafond des amendes rattachées à toutes les infractions, on peut s'attendre non seulement à une augmentation de la médiane mais aussi à une augmentation de l'amende moyenne. Si celle-ci n'est pas augmentée de façon sinon proportionnée, du moins considérable, il est permis de douter de l'opportunité d'une augmentation générale des amendes maximums.

En fait, nous connaissons quelques exemples spectaculaires d'amendes très fortes, mais la plupart des amendes infligées sont encore insignifiantes. Seulement huit condamnations sur trente-huit en vertu de l'article 33 de la *Loi sur les pêcheries* entre le début de 1978 et la fin de 1983 ont conduit à l'imposition d'amendes excédant 5 000 $[187]. D'une façon générale, l'augmentation de l'amende maximum a entraîné l'imposition d'amendes un peu plus fortes et permis aux tribunaux d'infliger de très fortes amendes dans certains cas isolés, mais la majorité des amendes se situent encore au bas de l'échelle.

Nous pensons qu'une méthode plus sélective peut conduire au même résultat. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'infraction typique en matière de pollution est commise accidentellement par un contrevenant dont les ressources pécuniaires sont limitées, et ne cause aucun dommage sérieux. Il s'agit souvent d'un cas isolé qui, sans doute, ne se produira plus. Toutefois, si l'infraction persiste, il s'agit souvent d'un procédé de fabrication polluant et dont la modification occasionne des coûts prohibitifs. Dans ce cas, les amendes, quelles qu'elles soient, n'ont pas un effet dissuasif. Bien souvent, l'entreprise contrevenante avait, avant la perpétration de l'infraction, consacré d'énormes sommes à l'amélioration de ses procédés. Immédiatement après la perpétration de l'infraction, elle a pris des mesures coûteuses d'assainissement et de correction. Dans les circonstances, l'amende maximum de 5 000 $ prévue par bon nombre de lois provinciales est un plafond raisonnable.

Par conséquent, nous pensons que la meilleure façon (mais non la moins compliquée) d'augmenter les amendes consiste à identifier les facteurs qui donnent

aux infractions ou à leurs auteurs un caractère exceptionnel, et à prévoir des amendes plus fortes dans les cas qui mettent ces facteurs en jeu. Ces facteurs, nous l'avons déjà souligné, comprennent notamment l'intention coupable du contrevenant (le *mens rea*), la richesse du contrevenant, la persistance de l'infraction ou le caractère récalcitrant du contrevenant, la fragilité de l'environnement, le degré de risques que comporte l'activité reprochée, le risque potentiel lié au polluant qui a été déversé, la gravité des dommages réels et l'excédent de l'économie ou du profit réalisés par suite de la perpétration de l'infraction sur l'amende maximum prévue.

Il existe déjà plusieurs méthodes sélectives d'augmentation des amendes. L'une des plus connues consiste à considérer chaque jour où l'infraction se produit ou persiste comme une infraction distincte sujette à l'imposition d'une amende jusqu'à concurrence du montant maximum prévu pour une seule infraction. Presque toutes les lois fédérales et provinciales en matière de protection de l'environnement prévoient ce type de sanction[188]. Une deuxième méthode, que l'on retrouve moins souvent, consiste à prévoir l'imposition d'une amende plus forte en cas de récidive[189]. D'une façon générale, l'amende prévue pour une deuxième infraction est deux fois plus forte que dans le cas d'une première infraction. Sauf lorsque l'amende maximum prévue pour une première infraction est très élevée, comme celles de cinq ou de six chiffres que l'on retrouve dans les lois fédérales, nous recommandons que les lois soient modifiées de façon que les infractions subséquentes soient sujettes à l'imposition d'amendes plus fortes. Nous recommandons également l'insertion dans tous les textes de lois, d'une présomption dont l'effet sera de faire de chaque journée au cours de laquelle une infraction persiste une infraction distincte.

Il faut prendre toutes les précautions requises si l'on veut qu'une infraction soit frappée de sanctions distinctes ou que toute infraction subséquente soit sujette à l'imposition d'une peine plus sévère. La question de savoir si une nouvelle accusation doit être portée relativement à chaque journée où se poursuit la perpétration de l'infraction dépend du libellé de chaque disposition[190]. En ce qui concerne l'escalade des peines en cas d'infractions subséquentes, le *Code criminel* dispose qu'un avis doit être signifié à l'accusé, mais cette condition n'est pas énoncée dans bon nombre d'autres lois. Toutefois, il serait légitime d'affirmer que par souci de justice envers l'accusé et compte tenu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cet avis devrait lui être signifié dans tous les cas.

D. L'établissement d'amendes minimums

Comme nous l'avons souligné précédemment, les amendes maximums actuelles seraient suffisantes si les tribunaux n'étaient pas paralysés par des critères inappropriés qui les incitent à infliger des amendes minimes. Si le problème est la disproportion des amendes imposées par rapport au maximum prévu, la solution réside peut-être dans l'établissement d'une amende minimum. Très peu de lois prévoient l'imposition d'une telle amende[191].

Il répugne au Parlement et aux législatures provinciales d'entraver ainsi l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Ils ont sans doute raison. Les

circonstances d'une infraction varient tellement que l'on ne peut, au moyen d'une simple formule, assurer à tous un traitement équitable. Afin d'éviter d'être trop sévère, le tribunal doit être en mesure de bien soupeser les facteurs d'atténuation et de tenir compte de la capacité de payer.

De plus, le tribunal doit tenir compte de principes de détermination de la peine qui offrent des garanties contre l'imposition d'amendes trop insignifiantes : ces principes sont l'objectif de dissuasion générale, l'échelle d'amendes retenue dans des cas analogues et le principe voulant qu'une amende ne doit pas être considérée comme une simple redevance.

Quoi qu'il en soit, les appels sur sentences interjetés par la Couronne sont dispendieux et prennent du temps. L'absence d'amendes minimums décourage les autorités d'intenter des poursuites lorsqu'elles estiment que trop de sursis de peines sont accordés ou trop d'amendes insignifiantes sont imposées dans le cas de certaines infractions[192]. Les amendes minimums offrent une plus grande certitude que le tribunal accordera beaucoup d'importance, dans chaque cas, à la gravité de l'infraction.

Il existe des façons d'édicter dans la législation des amendes minimums sans empêcher les tribunaux de juger au fond chaque cas exceptionnel. Premièrement, on peut envisager l'imposition d'une amende minimum à chaque contrevenant, quitte à le soustraire à celle-ci dans des cas particuliers. C'est ce que le législateur ontarien a décidé de faire, dans sa *Loi sur les infractions provinciales*, en conférant aux tribunaux le pouvoir de soustraire le contrevenant, dans des circonstances exceptionnelles, à l'imposition des amendes minimums fixées par la législature. Dans un document d'étude, le gouvernement ontarien commente le pourquoi de cette mesure :

> [TRADUCTION]
> Cela ne vise pas à permettre aux tribunaux de rejeter le point de vue de la législature sur la gravité de l'infraction mais de parer à l'éventualité où l'imposition de la peine minimum accablerait, par exemple, un rentier[193].

Deuxièmement, on peut envisager de limiter l'imposition de peines minimums à certaines circonstances exceptionnelles, comme celles que nous avons déjà énumérées. Il ressort de certaines modifications apportées récemment à la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario que la manutention de matières extrêmement dangereuses, considérée conjointement avec les risques de blessures, constitue le critère déterminant dans l'imposition d'une amende minimum. Voici le texte du paragraphe 147(1) :

> [TRADUCTION]
> Quiconque est reconnu coupable d'une infraction à la présente loi, aux règlements ou au paragraphe 16(1) de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, relativement au transport d'eaux usées d'origine industrielle ou de déchets toxiques, tels que définis par règlement pris pour l'application de la Partie V de la présente Loi, de même que quiconque, dont l'action ou omission pour laquelle il a été reconnu coupable,
>
> *a*) cause ou peut vraisemblablement causer une dégradation de la qualité de l'environnement naturel pour ce qui est de tout usage que l'on peut en faire;
>
> *b*) cause ou peut vraisemblablement causer du tort ou des dommages à des biens, des végétaux ou des animaux;
>
> *c*) nuit ou peut vraisemblablement nuire ou causer des malaises importants à quiconque;

d) exerce ou peut vraisemblablement exercer une influence sur la santé de quiconque;

e) porte atteinte ou peut vraisemblablement porter atteinte à la sécurité de quiconque;

f) rend ou peut vraisemblablement rendre des biens, des végétaux ou des animaux impropres à l'usage de l'homme;

g) fait perdre ou peut vraisemblablement faire perdre à quiconque la jouissance ou l'usage normal d'un bien; ou

h) entrave ou peut vraisemblablement entraver le cours ordinaire des affaires,

est passible d'une amende minimum de 2 000 $ et d'une amende maximum de 25 000 $ dans le cas d'une première infraction et, dans le cas d'une infraction subséquente, d'une amende minimum de 4 000 $ et d'une amende maximum de 50 000 $ pour chaque journée ou partie de journée que dure l'infraction, au lieu de la peine prévue par le texte d'incrimination.

Le Québec a abordé le problème d'une façon similaire. En effet, la *Loi sur la qualité de l'environnement* autorise le gouvernement à prescrire, par règlement, différentes amendes minimales pour différentes infractions et prévoit que «les peines ... peuvent être prescrites de manière à ce qu'elles varient selon l'importance du dépassement des normes auxquelles on a contrevenu [96]».

E. L'augmentation des amendes minimums ou maximums dans le cas des entreprises

La détermination des sanctions applicables aux personnes fortunées pose des problèmes particuliers. Le plus grand inconvénient, c'est que la grande majorité des amendes prévues par les lois relatives à l'environnement sont trop insignifiantes pour avoir des conséquences financières sur elles ou dissuader leurs pairs. Les personnes très fortunées exercent immanquablement leurs activités par le biais de sociétés commerciales. Par conséquent, une façon simple et efficace d'aborder ce problème serait de leur imposer des amendes maximums plus fortes. Cette idée ne manque pas d'intérêt, car plusieurs provinces ont établi une échelle d'amendes plus élevée dans le cas des compagnies. Au Québec, par exemple, les sociétés commerciales sont passibles d'amendes minimums et maximums plus fortes et le gouvernement peut prescrire pour elles des amendes quatre fois plus élevées.

Toutefois, bien qu'il soit vrai que les riches agissent souvent par l'entremise de sociétés commerciales, celles-ci ne sont pas forcément toutes riches. Dès lors, il peut paraître injuste de créer une distinction à l'égard d'une société en se fondant sur une présomption de richesse. La question de savoir si l'imposition d'amendes plus fortes dans le cas des sociétés est discriminatoire dépend de la justesse de l'affirmation selon laquelle les sociétés constituées sont habituellement plus riches que les entreprises non constituées en société. Nous avons déjà souligné que la plupart des compagnies sont des «petites entreprises». Il est cependant probable que même les petites sociétés commerciales sont habituellement plus riches que les entreprises non constituées, car la constitution en société n'a d'intérêt que si les entrepreneurs tirent suffisamment de revenus pour en réinvestir une partie dans l'entreprise. En revanche, il arrive que l'entreprise non constituée soit rentable alors qu'une société voisine fonctionne à perte. Il est impossible de vérifier le bien-fondé de cette présomption que les sociétés

constituées sont plus fortunées que les propriétaires uniques ou les associations de personnes, car cela équivaut à comparer ce qui ne se compare pas, les ressources pécuniaires des personnes physiques à celles des personnes morales. Quant à ces dernières, nous l'avons vu, la solution est plus pragmatique que théorique. S'il est injuste de faire cette comparaison, il s'agit alors de déterminer s'il y a lieu de faire une distinction.

Le problème que pose la distinction entre les sociétés commerciales qui sont riches et celles qui sont pauvres est aggravé par la difficulté de prouver la vraie richesse d'une société. En effet, les propriétaires d'une compagnie sont en mesure d'arranger les chiffres et de transférer des sommes d'argent afin d'augmenter ou de diminuer leur indice de rentabilité et leur situation nette comme bon leur semble, surtout lorsque la compagnie est liée avec d'autres appartenant aux mêmes personnes. Cette façon de procéder n'est pas nécessairement frauduleuse. Le but des sociétés commerciales est de réduire au minimum les risques encourus par les particuliers et de fournir à ces derniers un outil leur permettant de prendre des risques et d'étendre leurs activités. Bien souvent, ces sociétés ont une plus grande capacité d'endettement, ce qui les rend moins «riches» que certains particuliers, dans la mesure où l'on ne tient compte que de l'actif et du passif.

Nous sommes contre une augmentation générale des amendes maximums qui n'aurait pour seul but que de tenir compte des circonstances propres à un pourcentage minime de contrevenants fortunés. Dès lors, tant qu'il est vrai que les amendes doivent être ajustées à la capacité de payer, il faut prendre à l'égard des sociétés commerciales des mesures particulières. Plusieurs peuvent être envisagées qui ne seraient pas trop discriminatoires ni trop dures envers les petites entreprises :

1. Ne rendre passibles de plus fortes amendes que les sociétés faisant partie d'une catégorie déterminée selon leur taille. Le tribunal se verrait demander de déterminer la taille de la société en fonction de certains critères comme ses actifs, ses liquidités et son bénéfice net au cours de la dernière année ou des dernières années.

2. On pourrait envisager l'établissement de différents plafonds d'amendes pour les sociétés de tailles différentes.

3. Toutes les sociétés pourraient être sujettes à l'imposition d'amendes plus fortes, mais il serait possible de réfuter la présomption suivant laquelle une société est habituellement plus riche qu'un particulier. Dans ce cas, il y aurait inversion du fardeau de la preuve afin que la société puisse prouver qu'elle ne devrait pas être frappée des amendes maximums plus élevées fixées pour les sociétés; il lui incomberait alors de prouver que ses ressources pécuniaires sont limitées.

4. Il serait peut-être nécessaire de lever le voile corporatif afin de connaître les ressources pécuniaires des particuliers qui contrôlent la société en question ainsi que d'autres sociétés.

5. Au lieu de désigner les sociétés expressément, la loi pourrait fixer une amende minimum ou une amende maximum plus élevée, ou encore une série de limites progressives lorsque la fortune du contrevenant dépasse certaines limites.

Cette mesure serait conforme à notre suggestion d'énoncer des critères spécifiques qui pourraient justifier l'imposition de peines plus sévères.

Une solution de rechange intéressante, bien qu'elle déroge radicalement à certaines méthodes de détermination de la peine et pose de nombreuses difficultés administratives, est le «jour-amende» scandinave[195]. Selon cette méthode, le tribunal fixe l'amende d'après le revenu du délinquant sur un certain nombre de jours. Si le contrevenant a déversé des polluants dans l'environnement pendant trois jours afin de maintenir ou d'augmenter sa productivité, il peut se voir priver de trois jours de revenus. Dans le cas d'un particulier, cela peut signifier l'imposition d'une amende de quelques centaines de dollars, dans le cas d'une petite entreprise, de quelques milliers de dollars et dans le cas d'une grande société commerciale, de quelques dizaines ou de centaines de milliers de dollars. Cette amende, qui est fonction du revenu du contrevenant, pourrait être diminuée ou augmentée en tenant compte des facteurs d'atténuation ou d'aggravation. Le système jour-amende peut être une excellente façon de tenir compte des écarts de revenus et de proportionner l'amende aux moyens du contrevenant, sans faire de distinction a priori entre les sociétés constituées et les entreprises non constituées.

Théoriquement, le fait d'imposer des amendes plus fortes à des sociétés est discriminatoire en soi, mais en pratique, il y a peu de danger de commettre une injustice. Tant que la loi ne fixe pas d'amendes minimums ou que les tribunaux ont le pouvoir de soustraire les contrevenants à l'imposition d'amendes minimums et de tenir compte de leur faculté de payer les amendes maximums, l'établissement d'une double échelle d'amendes ne devrait poser aucun problème.

Apparaît en filigrane dans cet exposé la question fondamentale suivante : les grandes sociétés commerciales devraient-elles se voir infliger des amendes plus fortes pour la seule raison qu'elles en ont les moyens? Ou bien le montant de l'amende ne devrait-il être fixé qu'en fonction de la gravité de l'infraction? Cette question met en jeu les fonctions diverses de la peine; s'opposent d'une part, la dissuasion générale et la dissuasion spécifique et, d'autre part, la dissuasion et la punition ou la répression. Nous répondons quant à nous, que d'une façon générale, les tribunaux ont tiré la bonne conclusion. Même si l'attention portée sur la gravité de l'infraction atténue l'influence de l'utilitarisme, la dissuasion devrait presque toujours être un élément important. L'imposition de sanctions à de grandes sociétés commerciales n'a aucun effet dissuasif si les tribunaux ne peuvent leur infliger que des amendes proportionnées aux moyens dont disposent les petites entreprises. Cela est d'autant plus vrai que les sociétés commerciales ont habituellement une plus grande capacité que les personnes physiques et courent plus souvent le risque de causer des dommages à l'environnement que les petites sociétés (de fait, lorsqu'on examine les grandes catastrophes écologiques qui se sont produites au cours des trois dernières décennies, nous constatons que dans presque tous les cas, elles ont été causées par une grande société commerciale). Nous avons également mentionné que plus les normes de sécurité sont strictes, plus les sanctions devraient être sévères. Non seulement les sociétés commerciales ont-elles plus d'argent pour payer les amendes et exercent-elles plus d'activités susceptibles de causer des dommages à l'environnement, mais encore elles ont davantage les moyens de prévenir les accidents. Par voie de

conséquence, la société est en droit d'exiger d'elles qu'elles exercent leurs activités avec plus de circonspection.

En ce qui concerne les sociétés commerciales, la deuxième difficulté tient au fait qu'elles ne peuvent faire l'objet d'une peine d'emprisonnement. De nombreuses lois prévoient des peines d'emprisonnement en sus, au lieu, ou en cas d'inexécution, du paiement d'une amende. Dans la mesure où l'imposition d'amendes plus fortes dans le cas des sociétés commerciales traduit cette impossibilité d'imposer une peine d'emprisonnement, il ne s'agit pas d'une sanction discriminatoire. En effet, les sociétés commerciales ne sont pas traitées différemment des particuliers mais elles se voient privées d'un avantage que des personnes physiques n'ont pas. Nous pensons qu'une échelle d'amendes distincte pour les sociétés commerciales est justifiée chaque fois qu'elles devraient être passibles d'une peine d'emprisonnement. Toutefois, lorsque l'impossibilité d'emprisonner une personne morale est la seule justification de l'imposition d'amendes plus fortes, il faut veiller à ce que la cour n'impose de telles amendes que dans les cas où elle aurait envisagé une peine d'emprisonnement si cela avait été possible. L'établissement de directives permettrait d'instituer des garanties à cet effet.

F. L'imposition d'amendes minimums ou d'amendes maximums plus fortes dans des circonstances précises

L'imposition d'amendes minimums ou d'amendes maximums plus fortes dans des circonstances précises est la solution que nous préconisons pour régler le problème des amendes insuffisantes. Cette solution, les législateurs québécois et ontariens l'ont retenue, sous une forme limitée et édulcorée, en édictant l'article 109 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (Québec) et l'article 147 de la *Loi sur la protection de l'environnement* (Ontario). Les facteurs pouvant entraîner une plus grande responsabilité pénale feront certes l'objet de controverses. Doit-on tenir compte de l'état d'esprit du contrevenant? Le degré de risque doit-il être déterminant ou est-ce le dommage réel? Nous avons déjà répondu à ces questions, mais nos réponses seront loin de faire l'unanimité. Nous pensons que tous les facteurs que nous avons analysés et qui donnent aux infractions un caractère exceptionnel devraient accroître la responsabilité pénale. Ces facteurs comprennent notamment la richesse du contrevenant, l'intention coupable qui ne procède pas de la simple négligence, la fragilité de l'environnement, la nocivité des substances, le risque inhérent à l'activité, le risque supplémentaire qui découle de la façon dont cette activité est exercée, l'ampleur des dommages potentiels, l'existence de dommages réels, les gains illicites et la persistance du danger.

V. Les autres types de sanctions

Même si toutes nos recommandations étaient mises en œuvre, elles ne régleraient pas tout à fait certains problèmes que pose la détermination de la peine. En effet, les amendes sont des sanctions insuffisantes au regard de difficultés comme l'extrême richesse de certains contrevenants, l'incapacité de payer de certains autres contrevenants, les contrevenants récalcitrants ou les infractions odieuses. Pour les cas exceptionnels, d'autres mesures s'imposent. En outre, les amendes ne sont pas affectées à des fins essentielles comme l'assainissement ou la restauration de l'environnement, l'indemnisation des victimes ou la réduction des coûts nécessaires pour faire respecter la loi. Les tribunaux devraient avoir toute latitude pour prononcer d'autres sanctions.

Comme nous l'avons déja souligné, le véritable but de la législation en matière d'environnement est la protection du public au moyen de la prévention. Selon Fisse [TRADUCTION] «souvent, le choix de la fonction punitive en matière de responsabilité pénale des personnes morales est incompatible avec l'objectif de prévention ...». Il ajoute :

> [TRADUCTION]
> ... une façon positive de faire de la prévention consisterait à assortir de conditions le cautionnement, la probation, ou les peines avec sursis. Mais en règle générale, on semble peu prêter attention à l'utilisation de ces solutions dans le cas des sociétés commerciales. La plupart du temps, les auteurs n'en parlent pas et la structure des lois est telle que très souvent celles-ci sont inapplicables ...[196]

Dans son document de travail sur la responsabilité pénale et la conduite collective, la Commission de réforme du droit souligne que «s'en remettre à l'amende n'est pas une solution» et qu'il est nécessaire d'élaborer et d'utiliser des façons nouvelles d'imposer une sanction à la compagnie[197]. Les ouvrages portant sur les crimes économiques avancent de nombreuses propositions de réforme qui pourraient être utiles en matière d'environnement. Les auteurs recommandent notamment de rendre publiques, aux frais des sociétés, les condamnations prononcées contre elles, d'obliger celles-ci à informer leurs actionnaires de la perpétration d'infractions, d'interdire aux personnes qui abusent de la constitution de sociétés d'en former de nouvelles ou de devenir des dirigeants ou administrateurs de sociétés, de rendre des ordonnances de services au profit de la collectivité, d'ordonner l'indemnisation des victimes et la réparation des dommages, d'ordonner la confiscation de biens qui ont servi dans la perpétration de l'infraction, d'ordonner la saisie des gains illicites, d'ordonner la révocation des droits, permis et autorisations, de prononcer des injonctions et de rendre les cadres et dirigeants des sociétés personnellement responsables des infractions commises par ces dernières. Dans les pages qui suivent, nous examinerons quelques-unes de ces solutions, en particulier celles qui ont déjà été mises en pratique par les tribunaux canadiens. Nous verrons dans quelle mesure ces méthodes innovatrices peuvent être mises en œuvre conformément aux dispositions législatives actuelles en matière de probation, d'indemnisation et de cautionnement et dans quelle mesure il est nécessaire de réviser les lois actuelles afin de rendre ces moyens praticables.

Bien que les objectifs visés par l'emploi de nouvelles méthodes correspondent exactement aux objectifs généraux que nous avons énoncés dans l'introduction, nous pouvons maintenant définir d'autres objectifs plus précis. Concrètement, la punition des auteurs de dommages causés à la collectivité peut prendre deux formes : d'une part, l'obligation faite à l'auteur de l'infraction de réparer les dommages en indemnisant les victimes et en assainissant l'environnement et, d'autre part, la privation de tout avantage tiré de ces gains illicites. Par ailleurs, la dissuasion peut être accomplie en veillant à ce que le contrevenant n'échappe pas à l'imposition d'une peine en raison de son incapacité de payer une forte amende et en lui ordonnant d'exercer ses activités de manière à éviter que l'infraction ne se reproduise ou que de nouvelles infractions ne soient commises. Nous étudierons certaines dispositions législatives en tenant compte de ces objectifs particuliers.

A. La confiscation des biens

Très peu de lois relatives à l'environnement prévoient la confiscation d'équipement ou de véhicules ayant servi à la perpétration des infractions. La *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario a été modifiée récemment de façon qu'il soit désormais permis de confisquer le permis et les plaques d'immatriculation quand on soupçonne qu'un véhicule a été utilisé en vue de transporter illégalement des eaux usées d'origine industrielle ou des déchets toxiques dans des circonstances comportant un risque de dommages à l'environnement[198].

Advenant la condamnation du propriétaire du véhicule, la Cour peut ordonner la révocation du permis et la confiscation des plaques d'immatriculation pendant une période maximum de cinq ans, pourvu qu'elle soit convaincue que l'utilisation du véhicule pourrait causer d'autres dommages et que la Couronne ait signifié un avis de son intention de demander l'imposition de cette sanction.

De telles dispositions relatives à la confiscation sont rares en matière d'environnement[199], mais elles existent dans d'autres lois canadiennes[200]. Cependant, les tribunaux les appliquent rarement[201]. Dans certaines circonstances, elles peuvent être très utiles. Prenons, par exemple, le cas de la confiscation d'un fusil de chasse dispendieux appartenant à un amateur qui a violé des règlements de chasse. Cette mesure peut cependant, dans certains cas, paraître draconienne. La saisie et la confiscation du bateau d'un pêcheur ou du véhicule d'un camionneur pourraient priver ces derniers de leur gagne-pain. Soulignons qu'il est rare que l'on puisse, par la confiscation de biens, accomplir ce qui ne pourrait pas l'être par des mesures moins radicales.

Nous pensons toutefois que la confiscation peut être utile dans certains cas où ce serait le seul moyen d'empêcher la récidive. Pour ce qui est des sociétés commerciales, qui ne peuvent faire l'objet d'une peine d'emprisonnement, les priver de leurs moyens de production peut avoir le même effet que l'emprisonnement d'une personne physique qui récidive.

S'il s'agit d'une société commerciale n'ayant aucun actif et ne possédant que de l'équipement loué, qui ne se conforme pas aux ordonnances et ne paie pas les

amendes, la confiscation de l'équipement peut constituer une façon rapide et peu coûteuse de l'y contraindre. C'est seulement sur le plan de la forme que l'exercice des pouvoirs de confiscation est plus avantageux que d'autres mécanismes judiciaires distincts comme les injonctions, les ordonnances et les condamnations pour outrage, mais bien souvent, ce sont les règles de forme qui nous permettent de déterminer le moyen le plus sûr d'agir avec rapidité et efficacité.

B. La suspension ou la révocation des licences, permis et autres privilèges

Les organismes chargés de faire respecter les lois relatives à l'environnement détiennent habituellement des pouvoirs de suspension ou de révocation des licences et permis dont les conditions d'exercice sont fixées par la loi. L'exercice de ces pouvoirs est soumis à des règles de procédure complexes et doit faire l'objet d'audiences publiques. Permettre au tribunal, qui prononce une sanction, de contourner ces garanties formelles comporte des dangers évidents. Les problèmes que soulève cette mesure sont essentiellement les mêmes que dans le cas de la confiscation de biens tangibles, sauf que la suspension d'un permis n'entrave pas l'exploitation d'une entreprise de la même manière.

L'application de cette sanction doit être limitée à des circonstances bien précises. Cependant, elle peut être un complément utile à l'amende et aux autres moyens ordinaires dans les cas de récidive ou d'urgence. La *Loi sur les infractions provinciales* de l'Ontario prévoit que cette peine peut être prononcée à défaut du paiement des amendes. Dans cette province, le refus de renouveler des permis de conduire s'est révélé efficace et peu coûteux comme moyen d'obtenir le règlement d'un grand nombre de contraventions impayées.

C. L'emprisonnement

Depuis quelques années, de plus en plus de gens considèrent que l'incarcération des criminels coûte cher à la société, qu'elle n'a pas une force de dissuasion ou de réadaptation sociale très grande, qu'elle est dégradante, qu'elle punit indûment les familles et qu'elle contribue même à l'augmentation des risques de récidive. Quoi qu'il en soit, les juges continuent d'infliger de nombreuses peines d'emprisonnement en matière pénale. Cela tient notamment au fait que la police, la collectivité et les tribunaux ne disposent pas encore d'autres sanctions d'avenir comme la déjudiciarisation, les tribunaux communautaires et les ordonnances de services et de travaux communautaires. Cette tendance à recourir à la peine d'emprisonnement tient également au fait que nous n'avons pas encore trouvé et que nous avons peu de chances de trouver une solution de rechange qui pourrait traduire adéquatement la réprobation collective de certains comportements extrêmement répréhensibles, neutraliser les contrevenants très dangereux ou avoir un effet sur les récalcitrants. Nous ne remettons pas en cause la légitimité de cette sanction mais la manière dont

elle est utilisée et la fréquence de son utilisation dans notre système judiciaire. Bien que tous espèrent que le nombre de peines d'emprisonnement pourra être diminué sensiblement, nous ne pourrons jamais l'éliminer tout à fait. Sans vouloir contrarier les efforts déployés par le ministre fédéral de la Justice en vue de diminuer la fréquence des peines d'emprisonnement en matière criminelle[202], nous pensons que la peine d'emprisonnement devrait être envisagée plus souvent dans le cas d'infractions réglementaires.

Il importe que cette option soit disponible en matière d'environnement. En effet, pour diverses raisons, aucune autre sanction n'est efficace dans certains cas. Dans l'affaire *Krey* (*supra*, note 20), par exemple, il a été jugé que l'emprisonnement était nécessaire pour empêcher un étranger, qui avait commis une infraction grave, de s'esquiver afin d'échapper à l'imposition d'une autre peine. Bien que l'emprisonnement soit inutile dans le cas des crimes «passionnels» ou lorsque le contrevenant souffre d'une quelconque aberration mentale ou encore lorsqu'il vit déjà en marge de la société et de ses valeurs fondamentales, cette sanction est peut-être particulièrement efficace dans le cas du contrevenant rationnel et prévoyant dont la conduite peut être influencée par des normes de comportement générales auxquelles sont rattachées des menaces de châtiment. Comme le souligne Weiler, «[l]'idée de réclusion, si courte soit-elle, inspire à l'homme de la rue une répugnance presque aussi grande que l'idée d'une colonie atteinte de lèpre morale — sans compter les privations réelles qu'elle entraîne[203]». C'est pourquoi nous pensons qu'il devrait être permis aux tribunaux d'infliger des peines d'emprisonnement aux auteurs d'infractions écologiques.

Certaines lois relatives à l'environnement prévoient une période d'emprisonnement, habituellement de moins de six mois, en sus ou à défaut du paiement d'une amende[204]. Mais la plupart des lois dans ce domaine ne prévoient l'incarcération qu'à défaut du paiement de l'amende[205]. En règle générale, l'emprisonnement n'est pas la solution appropriée dans le cas des infractions qui procèdent de la négligence. Toutefois, il y a des circonstances où l'absence d'une peine d'emprisonnement empêche le tribunal d'imposer une sanction adéquate. C'est le cas notamment de l'infraction dont la gravité est telle qu'une amende ne peut traduire suffisamment son caractère odieux, ou de celle dont l'auteur n'a pas les moyens de payer une amende qui constituerait une peine infamante ou dissuasive.

Prenons l'exemple suivant. M. Rudsky est un jeune homme d'affaires qui travaille à son compte et qui doit subvenir aux besoins de sa famille avec son faible revenu[206]. Le seul élément d'actif important qu'il possède est son camion, qui est essentiel à l'exploitation de son entreprise. À la suite d'une opération commerciale, il se retrouve en possession d'un «cadeau empoisonné» : quelques douzaines de bidons et de sacs contenant des produits chimiques toxiques qui ne lui sont d'aucune utilité. Comme il n'existe aucune installation d'élimination ou d'épuration adéquate et peu dispendieuse dans la région, il décide de s'en débarrasser lui-même. Un soir, il déverse les produits chimiques dans un champ situé près d'un lac qui fournit de l'eau potable à quelques habitants de la région. Vu le relief à cet endroit, une pluie ordinaire suffit pour faire descendre les substances dans le lac. L'endroit est facile d'accès pour les enfants qui ne manquent pas de le fréquenter. Fort heureusement, on découvre la présence de ces substances dès le lendemain et le propriétaire du terrain

les fait enlever au coût de 2 000 $. Par contre, plusieurs travailleurs qui participent au nettoyage tombent malades par suite de l'exposition à ces produits chimiques[207].

Nul doute que la gravité de cette infraction mérite une peine extrêmement sévère. Cependant, M. Rudsky n'a vraiment pas les moyens de payer une forte amende. L'amende maximum prévue est de 25 000 $ et la loi prévoit l'imposition d'une amende minimum de 2 000 $, suivant les circonstances. Soulignons toutefois que l'imposition d'une amende de 2 000 $ punira surtout sa famille. Certaines lois prévoient la confiscation des véhicules qui ont été utilisés dans la perpétration de l'infraction. Même si cette sanction pouvait être prononcée, la saisie du camion de M. Rudsky le priverait de son gagne-pain. Les seuls choix qui s'offrent à la Cour sont l'imposition d'une amende trop insignifiante au regard de la gravité de l'infraction ou trop forte pour en garantir le paiement, ou encore l'imposition d'une peine d'emprisonnement non pas à cause de la gravité de l'infraction qu'il a commise mais en raison de son incapacité de payer l'amende.

Dans un tel cas, c'est l'emprisonnement qu'on doit choisir. Certains diront qu'il s'agit là d'une peine cruelle ou inusitée qu'on inflige à une personne parce qu'elle a le malheur d'être pauvre. En revanche, une personne ne devrait pas tirer profit de son état de pauvreté. Nous pensons que l'incarcération ne fait pas supporter au contrevenant peu fortuné un fardeau additionnel mais le prive simplement d'un avantage qu'il a, en raison de son état de pauvreté, sur d'autres contrevenants qui commettent des infractions aussi graves. Une courte période de détention, quelques jours par exemple, pourrait souligner la gravité de l'infraction sans causer au contrevenant ou à sa famille des privations importantes.

Il y a trois solutions possibles. La première consiste à édicter une peine d'emprisonnement à défaut du paiement des amendes. Dans notre exemple, la Cour peut infliger à M. Rudsky une amende qui traduit la gravité de l'infraction et ce, même si elle sait fort bien qu'il n'aura pas les moyens de la payer. Ainsi, il paiera selon ses moyens, quitte à payer le reste de sa «dette» en purgeant une peine d'emprisonnement. Cette solution nous répugne et nous ramène à l'époque de la contrainte par corps. Les tribunaux ont désapprouvé cette solution qui, du reste, a été condamnée éloquemment par la Commission de réforme du droit[208] et dans l'ouvrage de Ruby[209].

Les deuxième et troisième options consistent à prévoir expressément l'imposition de peines d'emprisonnement au lieu d'amendes dans des circonstances précises, ou l'imposition d'une peine d'emprisonnement en sus de l'amende. Ces options, en particulier la deuxième, sont plus intéressantes. Elles supposent, en effet, que l'impact d'une peine d'emprisonnement sur une personne est tellement fort qu'une très courte période d'incarcération équivaut à une amende beaucoup plus forte que sa perte de revenus pendant la période d'emprisonnement. Ainsi, pour punir et dissuader le contrevenant d'une façon efficace, pour éviter la banalisation de l'infraction découlant d'une amende insignifiante et pour faire sentir au grand public l'opprobre que le tribunal associe à l'infraction, il n'est pas nécessaire que la période d'emprisonnement soit longue au point de causer au contrevenant des privations importantes. Même une période d'incarcération de quelques jours, en sus d'une

amende qu'il a les moyens de payer, suffirait à dissuader le contrevenant et quiconque serait tenté de l'imiter[210].

D. Les ordonnances de faire ou de cesser de faire quelque chose

Nous englobons dans l'expression «pouvoirs de surveillance» les différents pouvoirs dont sont investis les juges pour rendre des ordonnances en vue de protéger efficacement l'environnement. Il nous paraît nécessaire de conférer aux tribunaux des pouvoirs mieux définis afin qu'ils puissent surveiller la conduite future des contrevenants.

En règle générale, la détermination de la peine est fonction du passé; la capacité des tribunaux de l'aborder en fonction de l'avenir est fort limitée. En effet, une personne est frappée d'une peine pour une infraction qu'elle a commise et non en fonction des infractions qu'elle pourrait perpétrer. Il importe de limiter le pouvoir des juges de prendre en considération des faits qui sont étrangers à la cause et c'est un principe fondamental en droit pénal que les justiciables devraient être punis pour les actes et les tentatives qu'ils commettent et non pour leurs pensées ou leurs intentions futures. Ces considérations ne doivent cependant pas nous faire oublier le caractère préventif des textes d'incrimination relatifs aux infractions contre le bien-être public[211]. Ces infractions visent essentiellement l'avenir parce que leur but principal n'est pas de sanctionner des atteintes réelles à la santé et au bien-être, mais de les prévoir et de les prévenir. Ce but ne peut être atteint que si les juges sont en mesure de mettre cette philosophie en pratique au moment du prononcé de la peine.

Dans certains cas, le contrevenant est tellement riche que même la peine maximum prévue produit le même résultat qu'un droit de permis de polluer. Dans d'autres cas, le contrevenant est tellement pauvre que la menace d'une peine pécuniaire n'a aucun effet dissuasif. L'emprisonnement est peut-être hors de question. Dans ces circonstances, les tribunaux sont impuissants à prononcer une peine efficace.

Voici un exemple. M. Garbano s'était servi de son terrain comme dépotoir[212]. En plus d'être inesthétique, ce dépotoir attirait des insectes porteurs de maladies et constituait une menace à la santé publique. M. Garbano refusa d'enlever les déchets. Il se présenta à son procès sans l'assistance d'un avocat. Il se vanta d'avoir le temps de préparer lui-même sa défense, son épouse pouvant s'occuper de l'entreprise durant son absence, et d'avoir l'intention d'interjeter appel de sa condamnation, le cas échéant, sans recourir aux services d'un avocat. Ainsi, la crainte de perdre du temps et d'avoir à payer des honoraires d'avocats ne jouait pas dans son cas. La Couronne, pour sa part, avait des motifs de croire qu'il serait incapable d'acquitter une forte amende si le tribunal décidait de lui en infliger une. Bien entendu, la peine d'emprisonnement ou le recouvrement de l'amende en exécution du jugement pouvait être imposé en cas de défaut du paiement de l'amende, mais avant que les tribunaux aient pu agir — le cas échéant — le problème aurait persisté pendant des mois ou des années et se serait peut-être aggravé, car on sait que les dépotoirs produisent

graduellement de la lessive alcaline qui, après un certain temps, peut contaminer les cours d'eau avoisinants.

Bref, la Couronne avait des raisons de croire que le danger d'une contamination de l'environnement subsisterait malgré la condamnation de l'accusé. Elle fit part de cette inquiétude à la Cour en lui laissant le soin de trouver une solution appropriée.

La Cour décida de couper la poire en deux, mais elle excéda probablement ses pouvoirs[213]. Elle ajourna le prononcé de la peine à plusieurs mois et avisa l'accusé que la peine dépendrait du rapport du poursuivant, soit le ministère de l'Environnement, qui lui indiquerait si le nettoyage du terrain a été fait de façon satisfaisante.

Rien ne fut fait avant la semaine qui précéda le prononcé de la peine. Un nettoyage complet fut entrepris et terminé avant la date fixée. M. Garbano bénéficia d'un sursis de peine assorti d'une probation d'une période d'un an afin de l'empêcher de récidiver.

L'accusé fut condamné en Ontario, où les lois relatives à l'environnement n'attribuent aux tribunaux aucun pouvoir de surveillance en matière de détermination de la peine. C'est dans la *Loi sur les infractions provinciales* (L.R.O. 1980, chap. 400, ci-après appelée LIP) que sont énumérés les pouvoirs de surveillance du tribunal. Les pouvoirs qui pourraient être exercés dans le domaine de l'environnement comprennent notamment celui d'ordonner à un accusé d'assainir l'environnement, de cesser d'exercer ses activités d'une manière quelconque ou dans un lieu donné si elles sont de nature à causer des dommages ou à créer des nuisances, d'informer le ministère de l'Environnement de tout changement de lieu ou d'activités de l'entreprise et de demander la délivrance d'une autorisation (permis) d'exploiter si le Ministère l'exige.

L'article 71 (LIP) permet la suspension du paiement d'amendes à certaines conditions. Toutefois, ce moratoire n'est possible que lorsqu'une disposition à cet effet est énoncée expressément dans une loi. Aucune loi provinciale en Ontario ne renferme actuellement une telle disposition. Par surcroît, suivant cet article, la période de suspension ne peut dépasser un an. Ce laps de temps peut être relativement court lorsqu'il s'agit d'empêcher quelqu'un d'exercer une activité polluante. Par conséquent, il conviendrait de modifier les lois relatives à l'environnement de façon à inclure l'interdiction de polluer pendant ce laps de temps mais l'utilité de telles mesures serait quelque peu diminuée par la brièveté du délai.

L'article 72 (LIP) dispose que le tribunal peut rendre une ordonnance de probation de deux ans. En outre, il peut rendre une telle ordonnance et infliger en sus une amende. Il semble toutefois que cet article n'autorise pas le tribunal à assortir l'ordonnance des conditions susmentionnées.

Aux termes de cette disposition, précisons-le, une ordonnance de probation renferme une condition implicite suivant laquelle l'accusé ne doit pas commettre de nouveau la même infraction ni une infraction connexe ou similaire. Cependant, plutôt que d'accorder au tribunal le pouvoir d'ordonner à l'accusé de cesser toute activité susceptible d'entraîner la perpétration d'une infraction, cette disposition ne lui donne que le droit de lui infliger une peine relativement à la première infraction s'il est reconnu coupable d'une infraction subséquente.

Dans d'autres provinces, les dispositions du *Code criminel* relatives aux ordonnances de probation font partie des dispositions législatives provinciales en matière de poursuites sommaires. En Saskatchewan, par exemple, c'est le *Summary Offences Procedure Act* (R.S.S. 1978, chap. S-63) qui régit ces questions. En vertu du paragraphe 3(2) de cette Loi, la Partie XXIV du *Code criminel* s'applique aux poursuites sommaires provinciales. Comme la Partie XXIV du *Code* contient les dispositions relatives aux ordonnances de probation, il est permis aux tribunaux de rendre des ordonnances de probation en matière d'environnement.

Les dispositions du *Code criminel* ont une portée plus large que les lois ontariennes et peuvent dont être plus utiles dans le cas des poursuites intentées en vertu des lois écologiques provinciales ou en vertu du *Code criminel* lui-même. L'article 663 énonce les conditions dont peut être assortie l'ordonnance de probation rendue par le tribunal. Les principales conditions sont la bonne conduite de l'accusé et «telles autres conditions raisonnables que la cour considère souhaitables pour assurer la bonne conduite de l'accusé et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions». Le pouvoir d'ordonner la restitution est également important et fera l'objet d'un examen distinct.

(1) La bonne conduite de l'accusé

En vertu du paragraphe 663(1) du *Code criminel*, toute ordonnance de probation est censée être assortie d'une condition suivant laquelle l'accusé doit avoir une bonne conduite et ne pas troubler l'ordre public. Une personne qui commet un acte de pollution pendant qu'elle est soumise à une ordonnance de probation peut se voir reprocher de ne pas avoir eu une bonne conduite. Par ailleurs, la Couronne n'est pas tenue de prouver que l'accusé a été reconnu coupable d'une autre infraction ni qu'il a commis un acte l'exposant à des poursuites. Certains considèrent que cette condition est arbitraire en raison de son caractère ambigu et subjectif. Si tant est qu'elle soit tenue pour injuste envers les particuliers, d'aucuns peuvent la juger encore plus arbitraire dans le cas des sociétés, où les normes de comportement sont loin de faire l'unanimité. Une ordonnance de probation qui renferme cette condition peut néanmoins avoir un effet dissuasif[214] et, dans certains cas flagrants de pollution, le tribunal peut facilement constater que l'accusée, qu'elle soit une personne physique ou morale, a transgressé les normes. Cette disposition peut s'avérer fort utile dans les causes qui ne laissent aucun doute.

(2) La prévention d'autres infractions

En vertu de l'alinéa 663(2)*h*), la Cour peut prescrire d'autres conditions raisonnables qu'elle considère souhaitables pour assurer la bonne conduite de l'accusé et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions. Cette disposition semble atténuer le pouvoir discrétionnaire du juge et ce, de trois façons. Premièrement, elle vise à assurer le respect de la loi dans l'avenir. Par conséquent, la fonction punitive est exclue[215]. Deuxièmement, comme c'est l'accusé qui doit devenir respectueux des lois, cette condition ne vise pas à

dissuader d'autres personnes. Enfin, troisièmement, la condition doit être raisonnable. Un tribunal américain s'est déjà prévalu d'une disposition semblable en ordonnant à la société Atlantic Richfield d'entreprendre et de terminer l'assainissement de l'environnement à la suite d'un déversement de pétrole dans un délai de quarante-cinq jours[216]. La Cour d'appel des États-Unis a jugé que cette condition était déraisonnable car la société n'était pas en mesure de déterminer ce qu'elle devait faire pour respecter cette condition.

Dans la mesure où l'ordonnance est précise et exécutable dans une période déterminée, il semble que rien ne peut empêcher le tribunal de rendre une ordonnance en vue de réduire ou d'empêcher la pollution. Par exemple, lorsque la Couronne peut prouver que l'installation d'une pièce d'équipement donnée réduira vraisemblablement le taux d'émission ou empêchera la répétition du déversement d'une substance délétère, il serait permis au tribunal d'ordonner l'installation de cet équipement. Cela vaut également pour l'instauration d'un système de contrôle ou d'inspection de la qualité, pourvu que l'ordonnance soit suffisamment précise quant aux mesures qui doivent être prises par la compagnie.

Des difficultés pourront néanmoins surgir à propos de la portée de ces ordonnances ou de la capacité de payer du contrevenant. Toutefois, de telles difficultés ne sont pas insurmontables. Certes, les agents de probation n'ont pas l'habitude de surveiller les pollueurs, mais les fonctionnaires des organismes gouvernementaux qui sont responsables de la protection de l'environnement pourraient sans doute venir en aide aux agents de probation chargés de surveiller les sociétés soumises à de telles ordonnances, et toute difficulté pourrait être vaincue au moyen de simples ajustements d'ordre administratif. Compte tenu de l'ampleur de la criminalité d'affaires, peut-être verrons-nous bientôt des agents de probation spécialisés en matière commerciale se voir confier la tâche de surveiller ce type de contrevenants. Il faut également prévoir pareil développement en matière d'environnement.

(3) Les ordonnances de probation en vertu des lois fédérales relatives à l'environnement

Les dispositions du *Code criminel* relatives aux ordonnances de probation s'appliquent, semble-t-il, aux lois fédérales touchant l'environnement. La plupart des textes d'incrimination fédéraux en matière d'environnement disposent que le contrevenant encoure une peine «sur déclaration sommaire de culpabilité[217]». Les poursuites sommaires sont régies par la Partie XXIV du *Code criminel*. En effet, le terme «procédures» défini au paragraphe 720(1) comprend notamment les procédures à l'égard d'infractions qu'une loi du Parlement du Canada déclare punissables sur déclaration sommaire de culpabilité. Par ailleurs, le terme «sentence», défini au même article, comprend une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 663(1), c'est-à-dire une ordonnance de probation. Dans la Partie XXIV, le terme «sentence» n'est employé que dans la disposition qui traite des appels. Suivant l'article 748, la procédure d'appel prévue par la Partie XXIV ne vise que les appels

interjetés d'une «sentence» prononcée «dans des procédures prévues par la présente Partie».

Comme les seules procédures prises en vertu de la Partie XXIV sont les poursuites sommaires, il faut donc en conclure qu'une ordonnance de probation peut être rendue en vertu de la Partie XXIV. En pratique, les tribunaux de juridiction pénale ont rendu des ordonnances de probation en vertu de lois fédérales[218].

(4) Les sociétés commerciales et les ordonnances de probation

Comme de nombreux pollueurs sont des sociétés commerciales, il importe que de telles ordonnances s'appliquent également à elles. Malheureusement, la question n'est pas très claire. Jusqu'à tout récemment, le seul arrêt qui avait traité cette question était *R.* v. *Algoma Steel Corp.*[219]. Dans cette affaire, la Cour a jugé qu'une peine avec sursis assortie d'une ordonnance de probation ne pouvait être imposée à une société commerciale en vertu du *Code criminel* et de la législation provinciale. Cette décision a été rendue par une cour provinciale et aucun motif n'est énoncé dans le résumé de la cause. Toutefois, en janvier 1983, le juge Bourassa de la Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest a rejeté cet arrêt et prononcé une ordonnance de probation contre une société commerciale reconnue coupable de pollution[220]. Nous pensons qu'il s'agit là d'une meilleure décision.

L'article 663 du *Code criminel*, qui porte sur l'ordonnance de probation, ne fait pas expressément mention des sociétés commerciales. Toutefois, celles-ci sont exclues de l'application du paragraphe 662.1(1) relatif à la libération inconditionnelle et sous condition, et du paragraphe 662(1), qui traite de la préparation d'un rapport pré-sentenciel concernant l'accusé. Or, compte tenu de la règle *exclusio unius*, surtout à la lumière de la proximité et de la connexité de ces dispositions et de l'article 663, on pourrait croire que le législateur visait également les sociétés commerciales lorsqu'il a adopté l'article 663. En outre, le mot «accusé» employé au paragraphe 663(1) est manifestement compris dans la définition du mot «personne» donnée à l'article 28 de la *Loi d'interprétation*, qui inclut une «corporation» dans «tout mot ou expression ayant le sens du mot personne».

L'exclusion des «corporations» en ce qui concerne la préparation d'un rapport pré-sentenciel concernant l'accusé est peut-être un indice que le législateur ne voulait pas qu'une ordonnance de probation puisse être prononcée contre une société commerciale. Ou cela tient peut-être simplement au fait que les renseignements psychologiques et socio-économiques que contient habituellement le rapport pré-sentenciel ne sont pas pertinents dans le cas des personnes morales. Cela dit, rien n'empêche la Couronne et l'accusé de produire d'autres types de preuves.

Les tenants de l'exclusion des sociétés commerciales se fondent peut-être sur le fait que l'article 663 oblige le juge à tenir compte de l'âge et de la réputation de l'accusé. Mais ces critères n'excluent pas forcément les personnes morales. Le Parlement a peut-être tout simplement voulu énoncer des critères qui doivent être pris en considération lorsqu'ils sont pertinents, c'est-à-dire dans le cas des personnes physiques, et négligés lorsqu'ils ne peuvent s'appliquer, c'est-à-dire dans le cas des personnes morales. Par ailleurs, le nombre d'années d'existence d'une société (son

âge), avec son casier judiciaire et ses efforts passés en matière de lutte contre la pollution, peuvent constituer des critères raisonnables à prendre en considération pour déterminer si elle doit être soumise à une ordonnance de probation. Quant à la réputation (moralité), il s'agit peut-être de la sorte d'analyse anthropomorphique à laquelle se sont parfois livrés les tribunaux, ou encore d'une allusion à une forme de personnalité juridique dépourvue de qualités humaines. Une directive enjoignant au tribunal de tenir compte du fait que l'accusé est une «corporation» est une directive neutre, rien de plus. Bien qu'il y ait encore lieu de discuter de la portée réelle de cette disposition, il semble que les tribunaux soient libres de l'interpréter de telle sorte que les sociétés commerciales n'en soient pas exclues.

Cependant, afin de dissiper tout doute possible, nous recommanderions que les lois en matière d'environnement soient modifiées de telle façon que les sociétés commerciales soient expressément visées par les dispositions relatives aux ordonnances de probation contenues dans tous les textes législatifs.

(5) Les injonctions

Au pouvoir des tribunaux de rendre des ordonnances de probation vient s'ajouter celui, que leur confèrent la plupart des lois fédérales touchant l'environnement, de rendre des ordonnances aux fins de faire cesser une activité donnée[221]. Les dispositions de ces lois sont presque toutes identiques à l'article 34 de la *Loi sur les eaux intérieures du Nord*, dont voici le texte :

> 34. Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction prévue à l'article 32, le tribunal peut, en sus de toute peine qu'il peut imposer, ordonner à cette personne soit de s'abstenir de commettre de nouveau une telle infraction, soit de cesser toute activité spécifiée dans l'ordonnance et dont l'exercice, de l'avis du tribunal, entraînera ou risque d'entraîner de nouveau la commission d'une telle infraction.

(6) Conclusion

Les tribunaux ont exercé, quoique de façon limitée, leur pouvoir de rendre des ordonnances de probation et de surveillance. Ces ordonnances semblent être utiles dans bon nombre de cas. Vu les restrictions apportées au pouvoir de rendre des ordonnances de probation en vertu des lois fédérales et provinciales et compte tenu de l'absence d'autres types de pouvoirs de surveillance dans les lois provinciales relatives à l'environnement, il y aurait lieu de préciser et d'élargir les pouvoirs des tribunaux en cette matière.

Peu de tribunaux ont eu recours aux dispositions existantes[222], et il a rarement été question de leur portée et de leurs limites possibles. Toutefois, dans un jugement récent, la Cour territoriale des Territoires du Nord-Ouest a fait remarquer que ces ordonnances sont plus efficaces que l'imposition d'amendes et qu'elle [TRADUCTION] «n'hésitera pas, dans l'avenir, à recourir à cette mesure[223]».

E. La peine avec sursis partiel

En vertu de l'alinéa 663(1)*a*) du *Code criminel*, la Cour peut, dans le cas d'une infraction pour laquelle aucune peine minimum n'est prescrite, surseoir au prononcé de la sentence en plus de rendre une ordonnance de probation. Certaines lois provinciales sur les poursuites sommaires contiennent des dispositions analogues[224]. Pour certains, la peine avec sursis est un témoignage de confiance dans le contrevenant. Pour d'autres, cela équivaut à miser sur l'absence de récidive. Le sursis est approprié lorsqu'il est peu probable que le contrevenant commette de nouveau la même infraction ou lorsqu'il n'est pas indispensable que la peine traduise la réprobation collective de la conduite reprochée ou qu'elle ait un effet de dissuasion générale. Il est rare cependant que cette mesure convienne dans le cas d'une grande société commerciale ou d'une personne très riche. La meilleure façon d'imposer une peine tout en encourageant le contrevenant à bien se comporter pourrait être de surseoir en partie au prononcé de la peine et d'en imposer l'autre partie. Toutefois, comme c'est le prononcé de la peine, et non la peine elle-même, qui fait l'objet du sursis en vertu du *Code criminel* et des lois pénales provinciales, le tribunal qui surseoit au prononcé de la peine ne peut imposer une amende tant que les conditions de l'ordonnance de probation ne sont pas violées[225].

Cette question a été abordée d'une façon intéressante dans deux décisions américaines. Dans l'affaire *United States* v. *J. D. Ehrlich*[226], une compagnie qui avait violé les dispositions du *Migratory Birds Treaty Act* s'était vue infliger une amende de 5 000 $. Le tribunal a décidé de surseoir au paiement de 4 500 $ et a soumis la compagnie à une ordonnance de probation d'une durée de cinq ans. Si, pendant ce temps, elle était reconnue coupable d'une infraction contre une loi fédérale relative à la conservation de la faune, les 4 500 $ deviendraient immédiatement exigibles. Dans l'affaire *Apex Oil Co.* v. *United States*[227], la compagnie n'avait pas informé le gouvernement d'un déversement accidentel de pétrole. Dans cette affaire, les conditions de l'ordonnance de probation étaient énoncées différemment : le tribunal a décidé de surseoir au paiement de 15 000 $ des 20 000 $ imposés, à condition que la compagnie ne viole aucune loi relative à la pollution pendant une période de trois ans. Dans ces deux arrêts, les ordonnances ont été maintenues en appel.

Au Canada, il semble que la loi ne permet pas aux tribunaux d'énoncer de telles conditions. Soulignons au départ que, contrairement à la législation américaine, l'ordonnance de probation au Canada a une durée maximum de trois ans (alinéa 664(2)*b*) du *Code criminel*). La principale différence, cependant, c'est que dès lors, les tribunaux canadiens ne peuvent imposer une amende et surseoir du même coup au paiement d'une partie de celle-ci. La *Loi sur les infractions provinciales* de l'Ontario permet notamment au tribunal d'imposer une amende et de surseoir à son exécution si le contrevenant prend des mesures correctives. Cette solution n'est toutefois pas satisfaisante car dans la plupart des cas, il ne devrait pas être permis au contrevenant de bénéficier d'une annulation complète de la peine en raison de mesures qu'il aurait dû prendre de toute manière.

L'approche américaine permet à l'entreprise qui prétend s'acquitter convenablement de ses responsabilités sociales et qui s'engage à faire de la prévention, d'affecter les sommes épargnées à ces fins. Si elle remplit ses engagements, la décision initiale de ne lui imposer qu'une amende minime paraîtra justifiée. Si elle ne remplit pas ses engagements, l'amende plus forte qu'elle devra payer subséquemment paraîtra également justifiée. Au Canada, cependant, où aucune amende ne peut être imposée si le tribunal surseoit à l'imposition de la sentence, les peines avec sursis peuvent constituer un encouragement à la perpétration d'une première infraction. À moins que l'ordonnance de probation ne soit assortie de conditions très sévères, ses résultats pourraient être contraires aux objectifs visés par les lois relatives à l'environnement. Cette mesure peut cependant être très efficace dans certains cas isolés, comme celui d'une petite société fermée à peu d'actionnaires qui éprouve des difficultés financières.

F. La restitution ou réparation et le dédommagement

«Restitution ou réparation» et «dédommagement» sont, en anglais, des termes imprécis qui sont souvent interchangeables. En règle générale, le dédommagement a un sens plus étendu et englobe la restitution ou réparation. Au sens strict, la «restitution» s'entend de la remise d'un bien, et la réparation, de la remise d'une somme d'argent équivalente lorsque la valeur du bien peut être facilement déterminée. Selon la définition donnée à la page 330 du *Canadian Law Dictionary* (Toronto, Law and Business Publication (Canada) Inc., 1980), le mot anglais *restitution* signifie [TRADUCTION] «le fait de remettre une chose à son propriétaire légitime. Aussi, le fait de dédommager ou de réparer une perte ou des dommages causés à des biens». Comme la restitution ou réparation et le dédommagement font l'objet de dispositions distinctes dans le *Code criminel* et dans certaines lois provinciales, cela peut être un indice qu'il s'agit de deux remèdes distincts. La restitution ou réparation correspond généralement aux «dommages spécifiques» en matière civile alors que le dédommagement comprend à la fois ces dommages et les «dommages généraux», moins tangibles et plus difficiles à prouver. Par exemple, si quelqu'un déverse une quantité de déchets toxiques dans le champ d'un cultivateur et que ce dernier doit payer 1 000 $ pour les faire enlever, le remboursement de cette dépense immédiate constituerait probablement une réparation. En revanche, le dédommagement pourrait viser la perte de valeur de son bien-fonds et la perte de ses récoltes, la preuve de ces deux types de dommages étant plus difficile à faire. Dans la mesure où il est possible de compenser les souffrances morales et le préjudice moral et esthétique, on parlerait alors de dédommagement.

Peu de lois fédérales et provinciales en matière d'environnement, si tant est qu'il y en ait, prévoient ces deux moyens de droit. Lorsqu'ils existent, c'est en vertu de la Partie XXIV du *Code criminel* ou des lois provinciales sur les poursuites sommaires. En Ontario, par exemple, la *Loi sur les infractions provinciales* dispose qu'un tribunal peut imposer, dans une ordonnance de probation, que le défendeur s'acquitte de toute compensation ou restitution requise ou autorisée aux termes d'une loi[228]. Malheureusement, aucune ordonnance semblable ne peut être rendue étant donné

que les lois provinciales relatives à l'environnement ne prévoient pas l'imposition de telles conditions.

(1) La restitution ou réparation

En vertu de l'alinéa 663(2)*e*) du *Code criminel*, le tribunal peut prononcer une ordonnance de restitution ou réparation. Bien que cette disposition comporte des exigences sévères et limitatives, elle peut quand même être utile en matière d'environnement. Le tribunal peut ordonner la restitution ou réparation seulement si les conditions suivantes sont respectées :

a) «à une personne lésée ou blessée». Un tribunal américain a déclaré nulle une condition obligeant une distillerie qui avait violé une loi anti-trust à verser la somme de 233 500 $ à un organisme de lutte contre l'alcoolisme parce que cet organisme n'était pas la «personne lésée»[229]. La disposition ne peut s'appliquer dans le cas de dommages étendus mais sournois qui ne peuvent être évalués. Dans une affaire comme *B.L.S. Sanitation*[230], cependant, le ministère qui avait supporté les coûts d'assainissement avait une réclamation prouvable, mais encore là, on pourrait se demander si le ministère est une «personne». Soulignons que la Couronne peut formuler la demande, car la personne lésée n'est pas tenue de s'adresser au tribunal;

b) la personne doit avoir été lésée «du fait d'une infraction» et le dommage doit avoir été subi «de ce fait». Comme sous le régime de la responsabilité civile délictuelle, il faut établir l'existence d'un lien de causalité entre l'infraction et le dommage. Bien souvent, cette preuve est difficile, mais cela ne veut pas dire qu'il faut exclure les cas où la cause du dommage peut être prouvée;

c) la restitution ou réparation ne vise que «la perte ou le dommage véritables». Le tribunal ne peut prendre en considération un simple état estimatif des dommages futurs. Comme les ordonnances de probation ne sont rendues qu'au moment du prononcé de la peine ou, en cas de sursis, au moment où la peine serait normalement prononcée, c'est alors que les dommages doivent être prouvés. Bien souvent, les travaux d'assainissement ne sont pas encore terminés ou l'étendue des dommages n'est pas tout à fait connue. Toutefois, si la réclamation est déterminée, il n'y a aucune raison de ne pas statuer sur celle-ci ou, à tout le moins, sur la partie prouvable de celle-ci.

La Couronne peut être tentée de retarder les poursuites jusqu'à ce qu'une réclamation puisse être faite. Il ne faut cependant pas oublier que les poursuites sommaires se prescrivent souvent par six mois[231]. Les poursuivants savent également que plus le procès est retardé, plus ils auront de la difficulté à prouver leur cause. En outre, les conditions d'une ordonnance de probation relèvent exclusivement du pouvoir discrétionnaire du juge du fond. De plus, le juge peut refuser de rendre une ordonnance si l'accusé a été lésé par le retard;

d) le juge ne peut augmenter l'amende par le truchement d'une ordonnance de restitution. En effet, certaines décisions qui ordonnaient de faire des dons à des organismes de charité, à titre de condition d'une probation, ont été annulées[232].

Dans l'affaire *R.* v. *Dasher*[233], la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a imposé des conditions en sus de celles qui sont déjà énoncées à l'alinéa 663(2)*e*) : le tribunal doit s'assurer que le contrevenant est en mesure de payer; l'ordonnance doit avoir pour but la bonne conduite de l'accusé et non le dédommagement de la victime; le tribunal ne doit pas être assimilé à une agence de recouvrement; enfin, il ne devrait pas être nécessaire d'ouvrir une enquête distincte ou formelle. Le tribunal n'a pas à se prononcer sur les questions difficiles en matière de droit des biens[234].

Les principes énoncés dans l'arrêt *R.* v. *Zelensky*[235] s'appliqueraient probablement à la restitution ou réparation comme au dédommagement. Cet arrêt a confirmé la validité de l'article 653, une disposition distincte relative au dédommagement qui ne s'applique qu'aux actes criminels. La Cour a déclaré que les tribunaux de juridiction pénale devraient refuser de rendre une ordonnance chaque fois qu'il y a contestation sérieuse sur des questions de fait ou de droit ou sur la question de savoir si la personne qui se dit lésée l'est effectivement. Toutefois, pour modifier le processus de détermination de la peine, il faudrait procéder à une analyse longue et complexe[236].

Vu les liens étroits existant entre la restitution et la protection de la propriété et des droits civils, qui sont de compétence provinciale, un problème constitutionnel intéressant pourrait surgir au cas où l'alinéa 663(2)*e*) serait appliqué dans le cadre de poursuites intentées en vertu d'une loi normative fédérale comme la *Loi sur les pêcheries*. Dans l'affaire *Zelensky*[237], la Cour a décidé qu'en dépit du caractère civil de l'ordonnance de restitution, celle-ci peut être prévue par le législateur fédéral étant donné son étroite association au droit criminel. Toutefois, s'il s'agit d'une loi adoptée en vertu d'une autre compétence législative fédérale, le pouvoir fédéral en matière criminelle n'entre pas en jeu. Dans l'affaire *MacDonald* c. *Vapour Canada Ltd.*[238], la Cour a jugé que le gouvernement fédéral ne peut fonder sur le *Code criminel* des procédures purement civiles. Ainsi, la *Loi sur les pêcheries*, tout comme le *Code criminel* lui-même, ne pourrait conférer au tribunal le pouvoir de rendre une ordonnance de restitution, si ce n'est dans le cadre de la détermination des peines. Cependant, si une personne se voit condamnée en vertu de la *Loi sur les pêcheries* et que le processus de détermination des peines est valide en soi à titre d'exercice d'une compétence fédérale, il doit être valide en raison de son caractère nécessairement accessoire à la source de ce pouvoir réglementaire, c'est-à-dire, le pouvoir de réglementation des pêcheries dans les eaux intérieures. Si le processus de détermination des peines est valide en vertu de la compétence sur les pêcheries dans les eaux intérieures, et s'il ressort de l'arrêt *Zelensky* que la restitution fait partie intégrante du processus de détermination des peines, il faut conclure que la restitution est également valide en vertu de la compétence fédérale sur les pêcheries. Ce raisonnement pourrait s'appliquer à toute poursuite intentée en vertu d'une loi fédérale.

(2) Le dédommagement

L'article 653 du *Code criminel* prévoit une forme restreinte de dédommagement[239]. Le dédommagement est limité à «la perte de biens ou [au] dommage à des

biens» et le tribunal n'est autorisé à l'ordonner que si la personne lésée le lui demande. Il est permis de douter que l'on puisse élargir la portée de cette disposition pour embrasser l'une des conséquences les plus habituelles de la dégradation de l'environnement, à savoir la perte de jouissance d'un bien, mais il est possible d'opposer que la notion de perte d'un bien comprend la perte de jouissance de ce bien.

De plus, comme nous l'avons mentionné précédemment, la Cour suprême du Canada a décidé que l'ordonnance de dédommagement ne doit être rendue qu'avec circonspection et jamais dans les cas de litige sur des questions de fait ou de droit importantes[240]. Toutefois, la Cour d'appel de l'Alberta a jugé subséquemment que la contestation de la réclamation n'est pas un motif suffisant pour refuser de rendre l'ordonnance s'il ressort du montant et de la nature de cette réclamation que le tribunal pourrait statuer sur celle-ci d'une façon raisonnable et expéditive[241].

(3) Conclusion

Les pouvoirs que confère le *Code criminel* en matière de dédommagement ou de restitution sont limités. En outre, la plupart des lois provinciales ne prévoient même pas l'exercice de tels pouvoirs. La *Loi sur les infractions provinciales* de l'Ontario, par exemple, autorise le tribunal à prescrire, dans une ordonnance de probation, que le défendeur s'acquitte de toute compensation ou restitution requise ou autorisée aux termes d'une loi. Cependant, les lois ontariennes relatives à l'environnement ne prévoient aucune compensation ou restitution.

Au Canada, bien que la question de la restitution et du dédommagement prête à controverse, certains préconisent une utilisation accrue de ces pouvoirs à titre de sanction. La Commission de réforme du droit du Canada recommande que le dédommagement de la victime joue un rôle-clef dans la politique actuelle de détermination des peines[242]. Dans un article intitulé «Restitution in Canadian Criminal Law[243]», K. L. Chasse favorise la multiplication de ces ordonnances. Ceux qui s'y opposent font immanquablement valoir que les tribunaux de juridiction pénale ne sont pas en mesure de régler ces questions et qu'il vaudrait mieux laisser les tribunaux civils s'en occuper. Ils oublient le fait que les fonctionnaires judiciaires des tribunaux civils et criminels sont souvent les mêmes et que les tribunaux de juridiction pénale sont capables de régler des affaires compliquées de fraude commerciale et de pratiques commerciales illicites comportant des sommes d'argent énormes et des opérations commerciales complexes. L'argument selon lequel les questions concernant la restitution ne feraient que retarder indûment la conclusion des procès ne nous paraît pas bien fondé. Les règles de preuve ordinaires sont suffisantes pour exclure des preuves n'ayant aucun rapport avec la responsabilité pénale. Chasse recommande ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> ... au moment du prononcé de la peine, nous ne voyons pas pourquoi le tribunal ne pourrait requérir la production de preuves et permettre à la défense de procéder à un interrogatoire préalable sur toute question relative à la restitution que le tribunal veut examiner[244].

Pour Chasse, il faut surtout éviter d'accorder plus d'importance à la victime qu'au contrevenant. Nous reconnaissons que des garanties sont nécessaires pour assurer que le contrevenant et son infraction restent la préoccupation majeure, mais nous appuyons le point de vue de l'ancien ministre de la Justice, l'honorable Mark MacGuigan[245], et du Groupe d'étude fédéral-provincial canadien sur la justice pour les victimes d'actes criminels[246], suivant lesquels il faudrait reconnaître à la victime une place plus importante dans le processus pénal. M. MacGuigan propose la remise au tribunal d'un rapport sur les «conséquences subies par la victime». Quant au groupe de travail, il affirme qu'il y aurait lieu d'ajouter une surcharge aux amendes afin de venir en aide aux victimes d'actes criminels. Voilà qui est conforme à nos recommandations. La restitution et le dédommagement sont d'autres façons d'atteindre le même objectif.

Ceux qui s'opposent aux ordonnances de restitution ou de dédommagement soulèvent que les tribunaux de juridiction pénale ne doivent pas jouer le rôle d'une agence de recouvrement. Ils ne tiennent pas compte des pertes de temps et d'argent qui résultent souvent des doubles poursuites civiles et criminelles intentées relativement à un seul et même fait. Pis encore, ils oublient que le simple citoyen n'a pas toujours les moyens d'intenter des poursuites civiles. S'il n'est pas dédommagé par le biais du processus de détermination de la peine, il y a fort à parier qu'il ne le sera pas du tout.

Par conséquent, nous recommandons vivement que les lois relatives à l'environnement soient assorties de mécanismes de restitution et de dédommagement, à la condition que la partie défenderesse puisse bénéficier de garanties appropriées.

G. Les garanties d'exécution

Dans de nombreux domaines du droit, depuis le droit des obligations jusqu'aux normes régissant les permis, des moyens sont prévus pour garantir l'exécution d'une prestation. On les appelle souvent des «garanties» ou des «cautions». Ces deux termes sont souvent utilisés indifféremment, mais en fait, dans le premier cas, il s'agit surtout de sûretés réelles alors que dans le deuxième, il est avant tout question de sûretés personnelles. Une garantie est une provision destinée à être utilisée en cas d'inexécution d'une obligation. Une caution est une personne qui s'engage à garantir l'exécution d'une obligation en cas de défaillance de la personne qui a contracté cette obligation. En matière de droit de l'environnement, le dépôt d'une somme d'argent, le dépôt d'un cautionnement et la remise de lettres de crédit irrévocables sont des mesures qui sont souvent prises en prévision de dommages écologiques et de la nécessité de dépolluer l'environnement et de dédommager les victimes éventuelles[247]. En droit pénal, le *Code* prévoit la possibilité de remettre l'accusé en liberté «sous cautionnement». L'article 745 autorise le tribunal à ordonner au défendeur de contracter un engagement, avec ou sans cautions, de ne pas troubler l'ordre public. Procédure intéressante qui combine le recours civil et la sanction pénale, il ne s'agit pas d'une accusation criminelle qui conduit à une condamnation, ni d'un pouvoir qu'un tribunal peut exercer au moment du prononcé de la peine, mais d'une demande

séparée que peut faire une personne qui craint qu'une autre personne ne cause des lésions personnelles à lui-même ou à sa famille ou n'endommage ses biens. Les dispositions du *Code* en matière de probation ne font aucune mention expresse de garanties. La seule disposition qui peut être interprétée comme conférant au tribunal le pouvoir d'ordonner le dépôt d'une somme d'argent ou d'exiger d'autres garanties est l'alinéa 663(2)*h*), qui oblige le contrevenant à «observer telles autres conditions raisonnables que la cour considère souhaitables pour assurer la bonne conduite de l'accusé et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions».

En matière d'environnement, une application plus larges de telles garanties serait utile dans au moins deux situations : en premier lieu, lorsque l'accusé fait valoir au tribunal, à titre de facteur d'atténuation de la peine, qu'il a l'intention d'entreprendre certaines activités dans l'avenir et, en second lieu, lorsque le tribunal veut renforcer une ordonnance prononcée contre l'accusé.

À l'heure actuelle, il est impossible de faire respecter les promesses ou les engagements d'un contrevenant d'exercer certaines activités. Ainsi, le contrevenant peut bénéficier d'une peine réduite en raison de promesses ou d'engagements qu'il n'exécutera pas.

Une personne qui agit au mépris d'une ordonnance du tribunal peut se voir inculper d'outrage au tribunal. Mais l'exécution d'une condamnation pour outrage au tribunal n'est pas toujours facile. Dès lors, la possibilité d'une confiscation des garanties fournies pourrait inciter fortement l'accusé à se conformer aux ordonnances et à respecter ses promesses.

Conclusion

Le principal problème en matière de détermination des peines n'est pas celui qu'imagine le public, à savoir que les amendes sont généralement trop légères. En fait, l'amende moyenne imposée par les tribunaux est proportionnée à la gravité de l'infraction typique et aux ressources pécuniaires de la plupart des petits contrevenants. Dans la plupart des cas, les amendes maximums prévues sont non seulement suffisantes au regard de l'infraction typique, mais parfois trop élevées pour bien refléter la gravité de certaines infractions.

Le problème ne réside pas dans la fourchette des amendes prévues pour les infractions typiques mais, notamment, dans l'insuffisance des amendes comme seules sanctions possibles, dans l'absence de solutions de rechange, dans l'état du droit substantif en matière de responsabilité des sociétés commerciales et dans le fait qu'une infraction peut comporter tellement de degrés de risque et de responsabilité que le public a souvent l'impression que les amendes sont trop légères même si elles sont tout à fait adéquates dans les espèces visées.

Dans une moindre mesure, les tribunaux ont peut-être tort de se préoccuper avant tout des risques et des dommages sérieux au détriment de considérations abstraites, esthétiques, morales et non utilitaires comme les dommages aux écosystèmes qui n'ont pas de répercussions appréciables sur l'utilisation qu'en font les êtres humains. D'une façon générale, cependant, l'attitude des tribunaux à l'égard de la protection de l'environnement nous paraît satisfaisante.

Ce sont surtout les cas exceptionnels qui posent des difficultés en matière de détermination des peines : ceux des contrevenants très riches ou très pauvres, des délinquants particulièrement récalcitrants, des environnements fragiles, des activités comportant des risques élevés, des substances dangereuses, des actes de pollution commis par insouciance ou de propos délibéré, des infractions continues, des activités intrinsèquement polluantes qu'il serait impossible d'éliminer, et les cas où le profit escompté excède le montant de l'amende maximum.

Dans certains cas, la solution pourrait consister à augmenter les amendes, pourvu que les augmentations soient en corrélation avec les problèmes qu'elles visent à régler, et qu'elles ne soient pas arbitraires. Dans d'autres cas, il faudra trouver des solutions plus innovatrices.

Certaines solutions possibles sont tout à fait étrangères au système des poursuites et au processus de détermination des peines : recours techniques tels que la déjudiciarisation, la perception de droits d'effluents et d'une taxe sur la pollution, l'imposition d'amendes directement par les organismes administratifs sans poursuites préalables ainsi que toute la gamme des peines que l'on appelle communément les «sanctions douces». L'étude de ces diverses solutions déborde le cadre de la présente étude.

Certaines des sanctions les plus innovatrices pourraient exiger une réorganisation plus profonde de notre système de droit. La notion du «jour-amende», par exemple, semble offrir les meilleures possibilités d'assurer un traitement équitable de tous les contrevenants sans égard à leurs ressources pécuniaires tout en permettant

aux tribunaux de tenir compte de la durée de l'infraction et du profit réalisé par suite de sa perpétration. Le remplacement de l'amende comme élément de base de la sanction par les ordonnances d'indemnisation, comme l'a déjà proposé la Commission de réforme du droit aux pages 15 et 16 du document de travail 5, les ordonnances de travaux communautaires et l'interdiction faite aux contrevenants de participer à certaines activités ne manquent pas d'intérêt non plus.

Bien que nous n'ayons pas examiné ces solutions ainsi que d'autres possibilités de réforme pleines de promesses, nous ne les rejetons pas pour autant. Nous avons plutôt porté notre attention sur des solutions dont la mise en œuvre est relativement facile dans le cadre de notre régime de droit actuel. À plus long terme, ces réformes n'auront peut-être été que des mesures transitoires. Quoi qu'il en soit, le fait que l'on puisse éventuellement entreprendre une révision en profondeur du processus de détermination des peines ne devrait pas être une excuse pour ne pas apporter maintenant des modifications utiles.

Jusqu'à tout récemment, la détermination des peines constituait l'un des aspects négligés du droit de l'environnement. L'augmentation récente des amendes par le gouvernement fédéral a déjà contribué à l'élaboration d'une nouvelle jurisprudence. Avec l'augmentation graduelle des amendes, on peut s'attendre à ce que les tribunaux examinent de plus en plus sérieusement les différentes solutions de rechange qui leur sont offertes. L'opinion récente de la Cour d'appel de l'Ontario suivant laquelle la fourchette des amendes prévues pour certains types d'infractions contre le bien-être public n'est pas assez sévère[248] contribuera sans doute à cette tendance. S'il importe de continuer de discuter le processus de détermination des peines, le moment est venu de mettre en pratique les leçons qui se dégagent, eu égard aux sanctions, de la jurisprudence accumulée en matière de droit de l'environnement depuis dix ans, de l'application des principes énoncés dans l'arrêt *Sault Ste-Marie* depuis cinq ans et des ouvrages portant sur la délinquance économique.

Renvois

1. *R.* v. *United Keno Hill Mines Ltd.* (1980), 10 C.E.L.R. 43 (C.T. T.Y.), p. 47.
2. *Id.*, p. 46.
3. *R.* c. *Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; 85 D.L.R. (3d) 161; 40 C.C.C. (2d) 353.
4. E. Keyserlingk, *Environmental Pollution as Crime: Some Conceptual Considerations* (première ébauche préparée pour la Commission de réforme du droit du Canada, 1982) [Mis en italiques par l'auteur].
5. Peter Z. Finkle et Alastair R. Lucas, éds., *Environmental Law in the 1980s: A New Beginning*, Calgary, Canadian Institute of Resources Law, 1982, p. 126.
6. *Supra*, note 3, p. 1310 (R.C.S.); p. 170 (D.L.R.).
7. Les alinéas *g*) et *h*) ont été ajoutés par l'article 4 de la *Loi modifiant la Loi sur la protection de l'environnement*, L.O. 1983, chap. 52. Auparavant, ces dispositions faisaient partie d'un règlement distinct sur la pollution de l'air : Règlement 308, R.R.O. 1980.
8. L'une des exceptions est le partage de la responsabilité pénale entre la société et les particuliers qui en font partie. Avant de répartir les sanctions entre les sociétés et leurs effectifs relativement à la même infraction, il faudra peut-être modifier le droit substantif afin de tous les rendre coupables. À l'heure actuelle, le partage de la responsabilité n'est possible que dans certaines circonstances.
9. En vertu du paragraphe 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les législatures provinciales ont le droit exclusif de légiférer en matière d'imposition de peines en vue de faire respecter toute loi provinciale.
10. Sir Rupert Cross, *The English Sentencing System*, 2e éd., Londres, Butterworths, 1975, p. 107.
11. Voir, par exemple, *R.* v. *Morrissette* (1970), 1 C.C.C. (2d) 307, 75 W.W.R. 644, 12 C.R.N.S. 392, 13 Cr. L.Q. 208 (C.A. Sask); *R.* v. *Wilmott*, [1967] C.C.C. 171.
12. Par exemple, *R.* v. *American Can of Canada Ltd.* (1977), 2 FPR 121 (C.P. Ont.); *R.* v. *Sheridan*, *infra*, note 15; *R.* v. *Industrial Tankers*, [1968] 2 O.R. 142, p. 145.
13. *Supra*, note 3, p. 1310 (R.C.S.); p. 170 (D.L.R.).
14. *Id.*, p. 1312 (R.C.S.); p. 172 (D.L.R.).
15. *R.* v. *Sheridan*, [1973] 2 O.R. 192 (C. distr. Ont.), p. 207.
16. *R.* v. *The Vessel «City of Guildford»* (1975), 27 C.C.C. (2d) 212 (C. comté Ont.), p. 216.
17. *Supra*, note 1, p. 46.
18. Ben Boer, «Environmental Values: A Role for the Law», étude non publiée, École de droit de l'Université MacQuarie, Nouvelle-Galles du Sud, Australie, 1983.
19. *Ibid.*
20. *R.* v. *Krey* (1982), 12 C.E.L.R. 105.
21. En appel, la peine d'emprisonnement fut réduite à deux mois.
22. Clayton C. Ruby, *Sentencing*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1980, p. 8; *R.* v. *Warner, Urquhart, Martin, and Mullen*, [1946] O.R. 808.
23. P. C. Weiler, «La réforme de la peine», dans Commission de réforme du droit du Canada, *Études sur le sentencing*, Ottawa, Information Canada, 1974, p. 194. Voir aussi J. M. P. Weiler, «Why Do We Punish? The Case for Retributive Justice» (1978), 12 *U.B.C.L.R.* 295, p. 314 et 315.
24. *The Queen* v. *W. Sumarah, Jr., G. Sumarah and North Star Shipping Ltd.*, [1970] 5 C.C.C. 317; 10 Cr. N.S. 169; 70 D.T.C. 6164 (C. comté N.-É.); *Galloway* v. *The Queen* (1969), 69 D.T.C. 5023 (C. dist. Alb.).
25. *R.* v. *B.L.S. Sanitation*, jugement non publié, 8 septembre 1976, Sudbury (C. dist. Ont.), p. 5.
26. *R.* v. *Cotton Felts Ltd.* (1982), 2 C.C.C. (3d) 287.
27. *Supra*, note 1, p. 48.
28. *Supra*, note 1.
29. *R.* v. *The Canada Metal Co. Ltd.*, jugement non publié, 22 février 1980, Toronto (C.P. Ont.), infirmé par le juge Dnieper pour d'autres motifs (1980), 11 C.E.L.R. 28 (C. comté Ont.). Voir aussi *R.* v. *Echo Bay Mines Ltd.* (1980), 12 C.E.L.R. 38; *R.* v. *Panarctic Oils Limited* (1983), 12 C.E.L.R. 78.
30. *R.* v. *Hoffmann-La Roche Ltd. (No. 2)* (1980), 56 C.C.C. (2d) 563 (H.C. Ont.), p. 569.
31. Lois G. Forer, *Criminals and Victims*, New York, Norton, 1980, p. 203-204.

32. *R.* v. *Aetna Insurance Co. and Seventy-two Other Corporations (No. 2)* (1975), 30 C.C.C. (2d) 76 (C.S. N.-É.); *R.* v. *Kito Canada Ltd.* (1976), 30 C.C.C. (2d) 531.
33. *R.* v. *Browning Arms Company of Canada Ltd.* (1974), 18 C.C.C. (2d) 298 (C.A. Ont.).
34. *Supra*, note 30, p. 566.
35. *R.* v. *Kenaston Drilling (Arctic) Limited* (1973), 12 C.C.C. (2d) 383 (C.S. T.N.-O.), p. 386.
36. *Le procureur général de la province de Québec* c. *New Brunswick International Paper Co.*, Cour des Sessions de la Paix, Bonaventure, 4 juillet 1980, nº 105-27-660-76, p. 49 (jugement non publié). Voir également *Le Procureur général de la Province de Québec* c. *Dame Claire Gagnon*, Cour supérieure, Chambre criminelle, Terrebonne, 26 octobre 1977, nº 700-36-0019-777, le juge Boilard (jugement non publié). Au Québec, compte tenu peut-être des limites des amendes, le recours en injonction est prévu par l'article 19.3 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*.
37. *R.* v. *The Canada Metal Co. Ltd.*, *supra*, note 29.
38. *R.* v. *Cyprus-Anvil Mining Corporation* (1975), 5 C.E.L.N. 116 (C. mag. T.Y.); confirmé par (1976), 5 C.E.L.N. 117 (C.A. T.Y.).
39. Par exemple, en Ontario, environ 97 pour cent des sociétés commerciales sont des petites entreprises : Ministère de l'industrie et du tourisme de l'Ontario. *A Small Business Development Policy for Ontario*, mars 1980. Une petite entreprise est une entreprise de service qui compte moins de cinquante employés ou une entreprise de fabrication qui compte moins de cent employés.
40. *R.* v. *McNamara* (1981), 50 C.C.C. (2d) 516, p. 527.
41. Ruby, *supra*, note 22, p. 11; *supra*, note 29.
42. Pour une explication de ces termes, voir Colin H. Goff et Charles E. Reasons, *Corporate Crime in Canada*, Scarborough, Prentice-Hall, 1978.
43. Opinion personnelle, en date de mars 1983, d'un résident de Junction Triangle à Toronto (Ontario), au sujet de l'amende imposée dans l'affaire *Nacan*, *infra*, note 73.
44. «Cyanamid fined for job health violation», *St. Catherines Standard*, 25 janvier 1984. Il s'agit d'accusations portées par le ministère du Travail en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* et par le ministère de l'Environnement en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario.
45. Cité dans Robert B. Gibson, *Control Orders and Industrial Pollution Abatement in Ontario*, Toronto, Canadian Environmental Law Research Foundation, 1983, p. 83.
46. W. B. Fisse, «Reconstructing Corporate Criminal Law» (1983), 56 *Southern California L.R.* 1141, p. 1148.
47. *Id.*, p. 1149.
48. Anthony N. Doob et Julian V. Roberts, *An Analysis of the Public's View of Sentencing*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1983.
49. Par exemple, *R.* v. *Wilmott*, *supra*, note 11; *R.* v. *Iwaniw*, *R.* v. *Overton* (1959), 127 C.C.C. 40, p. 50-51 (C.A. Man.); *R.* v. *Nash (No. 2)* (1949), 8 C.R. 44 (C.A. N.-B.).
50. *Supra*, notes 1 et 26.
51. Voir *R.* v. *Canadian Marine Drilling Ltd.* (1983), 13 C.E.L.R. 8 (C.T. T.N.-O.); voir aussi *R.* v. *Panarctic Oils Limited*, *supra*, note 29, p. 86.
52. *R.* v. *Canadian Marine Drilling Ltd.*, *supra*, note 51, p. 9.
53. *R.* v. *Cyanamid Canada Inc.* (1981), 11 C.E.L.R. 31 (C.P. Ont.); *R.* v. *McCain Foods Ltd.*, jugement non publié (C.P. N.-B.), le juge J. F. H. Crocco, 27 septembre 1984.
54. *Supra*, note 1, p. 48.
55. *Piette* c. *Choinière*, Cour supérieure, Bedford, 20 mai 1982, Jurisprudence Express, No. 82-628. Il s'agit d'un cas de déversement illégal de purin de porc.
56. *Supra*, note 35, p. 386.
57. *Supra*, note 35; *supra*, note 20.
58. *Supra*, note 16; voir également *supra*, note 1.
59. *Panarctic Oils Limited*, *supra*, note 29, p. 85-86.
60. *Supra*, note 1, p. 47
61. *Supra*, note 1, p. 49.
62. *R.* v. *Western Forest Industries Ltd.* (1978), 2 FPR 269 (C.P. C.-B.), p. 275.
63. Keith Devlin, *Sentencing Offenders in Magistrates' Courts*, Londres, Sweet et Maxwell, 1975, p. 30.

64. *Supra*, note 10.

65. *R.* v. *Mellstrom* (1975), 22 C.C.C. (2d) 472 (C.S. Alb.), p. 486.

66. *R.* v. *Webb*, [1971] V.R. 147 (Vic. S.C.), p. 150-151.

67. Cette question, qui ne semblait pas encore réglée lorsque nous avons entrepris la présente étude, a été tranchée à toutes fins utiles par l'arrêt *R.* v. *Parks* (1982), 39 O.R. (2d) 334 (C.A. Ont.) et l'arrêt *Cotton Felts Ltd.*, *supra*, note 26. Pour un exposé de la situation qui existait antérieurement, voir Ruby, *supra*, note 22, p. 145; R. Paul Nadin-Davis, *Sentencing in Canada*, Toronto, Carswell, 1982, p. 144-146.

68. *R.* v. *Parks*, *supra*, note 67.

69. *Supra*, note 26.

70. *R.* c. *Grégoire*, Cour provinciale, 11 décembre 1981, district de St-Hyacinthe, n° 27-001200-81, le juge Roberts.

71. *R.* c. *Choquette*, Cour des Sessions de la Paix, 6 février 1981, district de St-Hyacinthe, n° 750-27-3221-78.

72. *R.* v. *Tricil*, publié dans (1978) 3:6 CELA Newsletter 84 (C.P. Ont.).

73. *R.* v. *Nacan Products Ltd.*, jugement non publié, 13 octobre 1982 (C.P. Ont.), le juge Dnieper.

74. Cette question, sur laquelle la Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée dans l'affaire *Attorney-General of Ontario* v. *Fatehi* (1982), 34 O.R. (2d) 129 (C.A. Ont.) a été soumise à la Cour suprême du Canada; la permission d'en appeler devant la Cour suprême du Canada a été accordée. La question de savoir si le jugement à venir touchera le processus de détermination de la peine dépend de la mesure dans laquelle les tribunaux sont disposés à faire, comme ils le font en matière de responsabilité, des analogies entre d'autres aspects des infractions contre le bien-être public et des règles de droit civil.

75. *Supra*, note 25. Dans l'affaire *Nacan*, *supra*, note 73, la Cour a également pris en considération [TRADUCTION] «le méfait à l'égard ... des autorités».

76. *Supra*, note 1, p. 58.

77. Selon le point de vue britannique, qui a peu de tenants au Canada, la Couronne ne devrait pas prendre position sur la question du montant de l'amende.

78. Voir la discussion et les arrêts cités dans Ruby, *supra*, note 22, p. 44-46; Nadin-Davis, *supra*, note 67, p. 539-541.

79. John McLaren, «The Common Law Nuisance Actions and the Environmental Battle — Well-Tempered Swords or Broken Reeds» (1972), 10 *Osgoode H.L.J.* 505, p. 532.

80. R. Needham, éd., *Legal Control of the Environment*, New York, Practising Law Institute, 1971, p. 94 et passim.

81. *R.* v. *Gardiner* (1982), 30 C.R. (3d) 289 (C.S.C.).

82. Cette analyse est également conforme à la différenciation entre les crimes et les autres types d'infractions que propose la Commission de réforme du droit du Canada dans le document intitulé *Partie générale — Responsabilité et moyens de défense* [Document de travail 29], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982, p. 26-27 :

> Selon la jurisprudence, ce qui distingue les crimes de ce qu'on pourrait appeler les «quasi-crimes», c'est l'intention et l'insouciance, par opposition à la négligence. Par ailleurs, ce qui distingue ces différents états d'esprit, c'est la connaissance, sans laquelle il ne peut y avoir ni insouciance, ni intention. La connaissance est donc la condition minimale de la responsabilité.
>
> Toutefois, la connaissance peut être réelle ou putative. La connaissance réelle est celle qu'une personne a effectivement, ou qu'elle aurait eue, si elle n'avait pas volontairement refusé de tenir compte d'un fait évident. La connaissance présumée est la connaissance que cette personne aurait eue si elle s'était donné la peine de recueillir les renseignements nécessaires, comme l'aurait fait une personne raisonnable et prudente à sa place. *La connaissance réelle suffit pour la perpétration d'un crime. Quant à la connaissance putative, qui est une forme de négligence, elle n'est pertinente que pour les infractions qui ne sont pas des crimes, c'est-à-dire les infractions réglementaires de responsabilité stricte ou de responsabilité absolue.* [C'est nous qui soulignons]

83. *Supra*, note 1, p. 49.

84. *Supra*, note 31, p. 202.

85. *Supra*, note 33.

86. Commission de réforme du droit du Canada, *Le dédommagement et l'indemnisation* et *L'amende* [Documents de travail 5 et 6], Ottawa, Information Canada, 1974.

87. Commission de réforme du droit du Canada, *Responsabilité pénale et conduite collective* [Document de travail 16], Ottawa, Information Canada, 1976, p. 43.

88. À quelques occasions, le ministère de l'Environnement de l'Ontario a exercé le pouvoir que lui confère la loi qu'il est chargé d'appliquer, d'exiger la communication de renseignements, en retenant les services d'experts-comptables en vue de déterminer si les sociétés commerciales avaient les moyens de lutter contre la pollution. Il n'est pas certain que la Couronne puisse exercer de tels pouvoirs dans le seul but d'obtenir des renseignements qu'elle pourrait utiliser dans le processus de détermination de la peine. Par ailleurs, les économistes du ministère se sont également vu demander, à quelques occasions, de fournir des renseignements aux avocats pour permettre à ceux-ci de préparer leur argumentation sur la sentence.

89. *Supra*, note 25, p. 4.

90. *Supra*, note 1.

91. Voir, par exemple, *R.* v. *American Can of Canada Ltd.*, *supra*, note 12, p. 123-124; *R.* v. *ELF Oil Exploration and Production Canada Ltd.* (1974), 2 FPR 27 (C. mag. T.N.-O.); *R.* v. *British Yukon Navigation Co. Ltd.* (1976), 2 FPR S-5 (C. mag. T.Y.), p. 2.

92. *Supra*, note 38; voir également *R.* v. *Cyprus-Anvil Mining Corporation* (1976), 5 C.E.L.N. 145 (C. mag. T.Y.).

93. *Supra*, note 1. Voir également *R.* v. *Industrial Tankers*, *supra*, note 12.

94. *Supra*, note 38. Dans l'affaire *Pépin* c. *Le procureur général de la province de Québec*, Cour d'appel, 29 avril 1983, Jurisprudence express, n° 83-590, la Cour a confirmé une décision de la Cour supérieure déclarant l'appelant coupable d'outrage au tribunal. L'appelant ne s'était pas conformé à une injonction lui ordonnant de cesser l'exploitation de son dépotoir. La Cour d'appel a déclaré qu'en infligeant une amende de 7 000 $, la Cour supérieure avait tenu compte de tous les éléments pertinents, dont l'aveu du défendeur qui avait déclaré qu'il retirait encore, au moment du procès et malgré l'injonction, un revenu d'environ 22 000 $ par année de l'exploitation du dépotoir.

Voir également *Panarctic Oils Limited*, *supra*, note 29.

95. Cette conclusion se fonde sur une simple lecture de la jurisprudence plutôt que sur une analyse statistique. Toutefois, les différences sont tellement évidentes qu'une telle analyse n'est probablement pas indispensable pour en vérifier le bien-fondé. Par exemple, il ressort d'une étude récente sur les amendes imposées entre 1975 et 1982 en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario que les amendes imposées à des particuliers étaient, en moyenne, environ trois fois moins élevées que les amendes prononcées contre les sociétés. Par ailleurs, aucune distinction n'a été faite entre les grandes et les petites entreprises : Heather Trueman, *Prosecutions under the Ontario Environmental Protection Act : A Summary, 1975-1981* (thèse d'étudiant non publiée, avril 1983). Dans l'affaire *Piette* c. *Choinière*, *supra*, note 55, le tribunal a déclaré qu'il tiendrait compte «des difficultés financières que connaissent présentement les producteurs de porcs» dans la détermination de l'amende. L'amende a été fixée à 250 $.

96. Voir, par exemple, *R.* v. *Sanatkar* (1982), 64 C.C.C. (2d) 325 (C.A. Ont.), p. 327.

97. Par exemple, *R.* v. *Placer Development Ltd.* (1982), 12 C.E.L.R. 58; *Panarctic Oils Limited*, *supra*, note 29; *United Keno*, *supra*, note 1; *Kenaston*, *supra*, note 35; *Cyprus-Anvil*, *supra*, note 38; *Canadian Pacific*, *infra*, note 113; *R.* v. *MacMillan Bloedel Industries Ltd.* (1976), 1:2 FPR 95.

98. *R.* v. *B. & R. Construction Ltd.*, décision non publiée, 10 mars 1976 (C. mag. T.N.-O.), le magistrat adjoint Eckhardt; discuté dans David Searle, «The Environment and the Law in Canada's North» (1977), 15 *Alta. L.Rev.* 412, p. 417.

99. *Supra*, note 29, p. 4

100. *R.* v. *O.E. MacDougall Liquid Waste Sales and Systems Limited*, décision non publiée, 13 janvier 1982 (C.P. Ont), le juge Deacon; 24 mars 1982 (C. comté Ont.), le juge Newton.

101. *R.* v. *Direct Winters Transport Limited*, décision non publiée, 13 janvier 1982 (C.P. Ont.), le juge Deacon.

102. *Supra*, note 87, p. 42 et suivantes.

103. *R.* v. *Van's Gifts and Books Ltd.*, décision non publiée, 14 octobre 1977 (C.A. Ont.).

104. Voici ce qu'a déclaré le juge Bourassa, dans l'affaire *R.* v. *Canadian Marine Drilling Ltd.*, *supra*, note 52, en imposant une peine à une filiale de Dome Petroleum : [TRADUCTION] «[L]a Cour doit s'assurer que les grandes sociétés commerciales n'évitent pas le paiement d'amendes fortes et qu'elles ne se soustraient pas à toute responsabilité à l'égard des actes illicites qu'elles commettent en créant un réseau de petites sociétés». Cette opinion est partagée par le juge Stuart dans l'affaire *United Keno*, *supra*, note 1, p. 50 et par la jurisprudence américaine citée dans ce jugement.

105. D'autres raisons pour lesquelles il est juste et raisonnable que les peines imposées à une société aient des répercussions sur d'autres sociétés sont élaborées dans Fisse, *supra*, note 46, p. 1175-1176.
106. W. B. Fisse, «Responsibility, Prevention, and Corporate Crime» (1972-73), 5 *N.Z. Univ. L.R.* 250.
107. *Supra*, note 87, p. 43.
108. Dershowitz, «Increasing Community Control over Corporate Crime — A Problem in the Law of Sanctions» (1961-62), 71 *Yale L.J.* 280, p. 296.
109. *Supra*, note 1, p. 50.
110. Voir, par exemple, *United Keno*, *supra*, note 1; *Canadian Marine Drilling Ltd.*, *supra*, note 52.
111. *Echo Bay*, *supra*, note 29.
112. *R.* v. *Giant Yellowknife Mines Ltd.* (1975), 4 C.E.L.N. 69 (C. mag. T.N.-O.).
113. *R.* v. *Canada Cellulose Co.*, [1979] B.C.D. Crim. Sent. 7225-01 (C. comté C.-B.). Voir aussi *Echo Bay*, *supra*, note 29; *R.* v. *Canadian Forest Products Ltd.*, décision non publiée, 23 septembre 1981 (C.P. C.-B.); *R.* v. *Canadian Pacific Transport Co. Ltd.* (1977), 2 FPR 209 (C.P. C.-B.).
114. *Supra*, note 30.
115. *Supra*, note 112.
116. *Supra*, note 112, p. 287 (note 39).
117. *Supra*, note 106.
118. *Supra*, note 87.
119. *Supra*, note 1.
120. *Supra*, note 29, p. 85
121. Cela est d'autant plus vrai que depuis l'affaire *United Keno*, les avocats font régulièrement comparaître un haut fonctionnaire devant le tribunal. Voir, par exemple, *R.* v. *Equity Silver Mines Ltd.*, décision non publiée, 20 juin 1983 (C.P. C.-B.); *R.* v. *Ocelot Industries Ltd.*, décision non publiée, 8 juin 1983 (C.P. C.-B.).
122. Christopher Stone, *Where the Law Ends : The Social Control of Corporate Behavior*, New York, Harper and Row, 1975, p. xiii.
123. Par exemple, *American Can*, *supra*, note 12.
124. *Cyprus-Anvil*, *supra*, note 38, p. 150 (C. mag. T.Y.).
125. *Ibid.* Voir également *Cyprus-Anvil*, *supra*, note 38, p. 119 (C.A. T.Y.); *R.* v. *Spillar*, [1969] 4 C.C.C. 211 (C.A. C.-B.).
126. *R.* v. *Canadian Industries Limited* (1977), 8 C.E.L.R. 121 (C. mag. T.Y.).
127. *R.* v. *York Sanitation Co. Ltd.* (1978), 8 C.E.L.R. 146 (C.P. Ont.).
128. *Supra*, note 126.
129. *Canada Tungsten Mining Corp. Ltd.* v. *The Queen* (1975), 5 C.E.L.R. 120 (C.S. T.N.-O.); *United Keno*, *infra*, note 155; *R.* v. *Texaco Canada Ltd.* (1979), 2 FPR 215, p. 228.
130. *Supra*, note 113.
131. *Supra*, note 1.
132. *Supra*, note 38.
133. *Plant National*, décision non publiée, 22 décembre 1980 (C.P. Ont.), le juge Bates.
134. *R.* v. *Metal Flo*, décision non publiée, 5 novembre 1981 (C.P. Ont.), le juge McConnell.
135. *Supra*, note 72.
136. *R.* v. *Festival Sales and Products Ltd.*, décision non publiée, 7 septembre 1982 (C.P. Ont.), le juge Smith.
137. *R.* v. *Russell*, décision non publiée, 24 septembre 1982 (C. infr. P. Ont.), le juge Ferris; confirmée le 15 décembre 1982 par le juge Cochrane (C.P. Ont.).
138. *American Can*, *supra*, note 12.
139. *Supra*, note 12.
140. *R.* v. *Barnes*, décision non publiée, 25 janvier 1980 (C.P. Ont.), le juge Smith.
141. *Supra*, note 29.
142. *R.* v. *Holmes Foundry*, décision non publiée, 22 septembre 1981 (C.P. Ont.), le juge Cochrane.
143. *R.* v. *Echo Bay Mines*, *supra*, note 29, p. 41.
144. *Ibid.*
145. *Id.*, p. 41-42.

146. *R.* v. *Fabricated Plastics Ltd.* (1979), 8 C.E.L.R. 173 (C.P. Ont.), et *supra*, note 113.
147. *R.* v. *Corporation of the City of Barrie* (1971), 13 Crim. L.Q. 371 (C.P. Ont.).
148. *R.* v. *Suncor Inc.*, décision non publiée, 31 mai 1983 (C.P. Alb.), le juge Horrocks.
149. *R.* v. *Wilby and Smithaniuk*, décision non publiée, 3 juin 1983 (C.P. C.-B.).
150. *Supra*, note 1, p. 49.
151. *R.* v. *Spataro Cheese Products*, décision non publiée, 21 avril 1981 (C.P. Ont.), le juge Nadeau.
152. *Supra*, note 38, p. 116.
153. *Supra*, note 25.
154. *Supra*, note 1, p. 58.
155. Voir, par exemple, *Canadian Pacific Transport Co. Ltd*, *supra*, note 113; *R.* v. *United Keno Hill Mines* (1979), 2 FPR 212 (C. mag. T.Y.), p. 213.
156. *Day and Ross* v. *The Queen*, [1976] C.T.C. 707; 76 D.T.C. 6433 (C.F., Div. première inst.).
157. (1977), 25 *C.T.J.* 16.
158. *Bulletin d'interprétation I.T.* — 104R.
159. *R.* v. *Adam Clark Co. Ltd.* (1982), 3 C.C.C. 323 (3d) (C.A. Ont.), p. 324.
160. *Tricil*, *supra*, note 72.
161. *Supra*, note 73.
162. Notamment l'affaire *Kenaston*, *supra*, note 35, et l'affaire *United Keno*, *supra*, note 1. Voir, cependant, les commentaires du juge Ayotte dans *R.* v. *Echo Bay Mines Ltd.*, *supra*, note 29, selon lesquels cette nouvelle approche ne fait que nous rappeler, dans une certaine mesure, l'importance de la preuve.
163. P. C. Weiler, *supra*, note 23.
164. Stone, *supra*, note 122.
165. *Supra*, note 15, p. 207-208.
166. *R.* v. *The Corporation of the District of North Vancouver* (1982), 11 C.E.L.R. 158, (C.P. C.-B., div. criminelle).
167. *Id.*, p. 170.
168. *Supra*, note 26, p. 294.
169. «Pollution, When Is It a Crime?», éditorial, *Windsor Star*, 29 janvier 1983.
170. Voir l'article 5 du Règlement 313 (R.R.O. 1980), pris en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement*.
171. John Swaigen, «Procedure in Environmental Regulation» dans Finkle et Lucas, *supra*, note 5.
172. Terre-Neuve, *The Waters Protection Act*, R.S.N. 1970, chap. 394, art. 8; Terre-Neuve, *The Nuisances and Municipal Regulations Act*, R.S.N. 1980, chap. 276, art. 3.
173. Ontario, *Loi de 1971 sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, chap. 141, art. 146; Ontario, *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1980, chap. 361, art. 16.
174. Nouvelle-Écosse, *Environmental Protection Act*, S.N.S. 1973, chap. 6, art. 48; Nouvelle-Écosse, *Water Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 335, art. 8.
175. Québec, *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., chap. Q-2, art. 107. En fait, des sanctions sont prévues par les articles 106 et 107. Marie Tremblay, de la Commission de réforme du droit du Canada, nous informe que les tribunaux ont plus souvent recours aux dispositions de l'article 106 qu'à celles de l'article 107.

    Dans le cas d'une *personne physique*, l'article 106 prévoit une peine maximum de 5 000 $ pour la *première infraction*. Dans le cas d'une *corporation*, cette amende est de 30 000 $. Pour toute infraction *subséquente*, une *personne physique* est passible d'une amende de 10 000 $ tandis qu'une *corporation* peut encourir une amende de 60 000 $.

    La peine maximum prévue par l'article 107 pour une première infraction commise par une personne physique est de 3 000 $.

    L'article 109.1 permet notamment au gouvernement de prescrire, par règlement, qu'une corporation est passible d'une amende d'au plus 100 000 $ dans le cas de toute infraction subséquente. Dans le cas d'une personne physique, l'amende maximum pour toute infraction subséquente est de 25 000 $.
176. Ontario, *Loi sur les parcs publics*, L.R.O. 1980, chap. 417, art. 19.
177. Ontario, *Loi sur les arbres*, L.R.O. 1980, chap. 510, art. 6.
178. John Andersen et John Swaigen, *Urban Tree and Forest Legislation in Ontario*, Sault Ste-Marie, Canadian Forestry Service, 1978, p. 16-18 et 76.

179. Ontario, *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1980, chap. 361, art. 51.

180. Ontario, *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1980, chap. 361, art. 32.

181. Ontario, *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*, L.R.O. 1980, chap. 361, art. 24.

182. Par exemple, Terre-Neuve, *The Waste Material (Disposal) Act*, R.S.N. 1970, chap. 393, art. 13; Québec, *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., chap. Q-2, art. 66; Ontario, *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, chap. 141, Partie V.

183. *Supra*, note 3, p. 374 (C.C.C.); *R.* v. *Capozzi Enterprises Ltd.* (1981), 60 C.C.C. (2d) 385, p. 391.

184. Voir, par exemple, la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, par. 33(5).

185. Voir, par exemple, la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, chap. S-9, Partie XX; la *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*, S.R.C. 1970, chap. 2 (1re supp.), art. 18; la *Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique*, S.C. 1970-71-72, chap. 47, par. 33(1); la *Loi sur les contaminants de l'environnement*, S.C. 1974-75-76, chap. 72, par. 8(5); la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, S.C. 1974-75-76, chap. 55, art. 13.

186. Par exemple, *supra*, note 16; *Placer*, *supra*, note 97.

187. Les statistiques ont été fournies par C. C. Young, module de la réglementation, ministère des Pêches et Océans.

188. Voir, par exemple, Alberta, *Clean Water Act*, R.S.A. 1980, chap. C-13, par. 15(4); Colombie-Britannique, *Pollution Control Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 332, art. 25; Manitoba, *Loi sur la protection de l'environnement*, R.S.M. 1970, chap. C130, art. 8; Nouveau-Brunswick, *Loi sur l'assainissement de l'environnement*, L.R.N.-B. 1973, chap. C-6, par. 33(2); Terre-Neuve, *The Department of Environment Act*, S.N. 1981, chap. 10, par. 48(2); Nouvelle-Écosse, *Environmental Protection Act*, S.N.S. 1973, chap. 6, art. 48; Ontario, *Loi de 1971 sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, chap. 141, art. 146; Québec, *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., chap. Q-2, art. 110; voir les lois, *supra*, notes 184 et 185, et la *Loi sur les ressources en eau du Canada*, S.R.C. 1970, chap. 5 (1re supp.), par. 28(2).

189. Colombie-Britannique, *Pesticide Control Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 322, par. 22(2); Terre-Neuve, *The Waters Protection Act*, R.S.N. 1970, chap. 394, art. 8; Nouvelle-Écosse, *Environmental Protection Act*, S.N.S. 1973, chap. 6, art. 48; Nouvelle-Écosse, *Water Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 335, par. 8(3); Québec, *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., chap. Q-2, art. 106 et 107; *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, par. 33(5).

190. Voir cependant Nadin-Davis, *supra*, note 67, p. 371.

191. Voir, par exemple, Colombie-Britannique, *Pesticide Control Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 322, par. 22(2) (amende minimum pour une deuxième infraction et toute infraction subséquente); Île-du-Prince-Édouard, *Environmental Protection Act*, P.E.I. Acts 1975, modifiée, par. 9(2), art. 23; Québec, *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., chap. Q-2, art. 106, 107 et 108; Ontario, *Loi de 1971 sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, chap. 141, art. 147.

192. Par exemple, ce problème a été soulevé en matière d'application des règlements municipaux relatifs à la protection des arbres : M. J. Puddister, *The Response of Ontario Municipalities to Tree Conservation*, Guelph, Université de Guelph, 1982, p. 34-35; *supra*, note 178, p. 75.

193. *Provincial Offences Procedure: An Analysis and Explanation of Legislative Proposals*, Toronto, Ministère du Procureur général de l'Ontario, 1978, p. 14.

194. Québec, *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., chap. Q-2, art. 109.1. Dans le cas d'une *personne physique*, le gouvernement peut prescrire une amende minimum d'au plus 5 000 $ dans le cas d'une première infraction et d'au plus 10 000 $ dans le cas d'une infraction subséquente. Dans le cas d'une *corporation*, l'amende minimum peut atteindre 10 000 $ pour une première infraction et 25 000 $ pour une infraction subséquente.

Le gouvernement a exercé le pouvoir dont il est investi lorsqu'il a pris le *Règlement modifiant le Règlement sur les déchets solides*, R.R.Q., 1981, Supplément, Volume 2, page 1077, art. 23.

195. Le système de jour-amende scandinave est expliqué brièvement dans le document de travail 6, *supra*, note 86, p. 33, et a été commenté favorablement dans *United Keno*, *supra*, note 1. Le système de jour-amende mérite une étude beaucoup plus approfondie que l'analyse que nous lui avons consacrée dans la présente étude, car il s'agit d'un excellent moyen d'assurer un traitement équitable de tous les types de contrevenants.

196. *Supra*, note 106, p. 253 et 264.

197. *Supra*, note 87, p. 44.

198. Ontario, *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, chap. 141, alinéas 47*a*) à 47*h*).

199. Par exemple, la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 58; la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*, S.R.C. 1970, chap. M-12, art. 7.

200. Par exemple, le *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 160, 181 et 447; la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40, par. 192(3); la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 10.

201. Nadin-Davis, *supra*, note 67, p. 181.

202. *Infra*, note 245.

203. P. C. Weiler, *supra*, note 23, p. 122.

204. Colombie-Britannique, *Pollution Control Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 332, art. 25; Colombie-Britannique, *Pesticide Control Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 322, par. 22(2); *Loi sur les contaminants de l'environnement*, S.C. 1974-75-76, chap. 55, par. 8(5); Territoires du Nord-Ouest, *Environmental Protection Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, chap. E-3, art. 12; Nouveau-Brunswick, *Loi sur le contrôle des pesticides*, L.R.N.-B. 1973, chap. P-8, art. 30; Terre-Neuve, *The Department of Environment Act*, S.N. 1981, chap. 10, al. 48(1)*b*); Île-du-Prince-Édouard, *Agricultural Chemicals Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. A-4, art. 22; Québec, *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., chap. Q-2, art. 109.1.

205. Par exemple, Alberta, *Clean Air Act*, R.S.A. 1980, chap. C-12, art. 9; Alberta, *Beverage Container Act*, R.S.A. 1980, chap. B-4, art. 8; Alberta, *Clean Water Act*, R.S.A. 1980, chap. C-13, art. 9.

206. Il s'agit d'un nom fictif, mais les faits sont réels.

207. Dans cet exemple, il y a présence du *mens rea*. En effet, l'acte a été commis intentionnellement même si les conséquences réelles et potentielles n'étaient pas voulues. La question de savoir si cela devrait suffire pour justifier une peine d'emprisonnement ou s'il y a des cas d'accidents qui justifient cette peine mérite d'être approfondie.

208. *Supra*, note 86, p. 31.

209. *Supra*, note 22, p. 268-270.

210. Bien que la Commission de réforme du droit ait suggéré que des ordonnances de travaux communautaires remplacent, autant que possible, les peines d'emprisonnement, cette recommandation soulève des difficultés pratiques. C'est beau en théorie, mais la Couronne, l'avocat de la défense et le tribunal seraient-ils disposés, à la fin du procès, à assumer la responsabilité additionnelle d'*élaborer*, de *mettre en œuvre* et de *surveiller* un programme approprié compte tenu notamment des coûts et des délais supplémentaires que cela occasionnerait. De plus, les organismes communautaires, qui ont connu des mauvaises expériences avec ce genre de «bénévoles» hésiteraient peut-être à y participer. Dans des études portant sur cette question et publiées dans le document intitulé *La participation communautaire à la réadaptation du délinquant*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1976, la Commission a reconnu en toute franchise les inconvénients de ces ordonnances de travaux communautaires.

211. *Supra*, notes 3 et 26.

212. Il s'agit d'un nom fictif, mais les faits sont réels.

213. Pour les deux raisons suivantes : premièrement, cela impliquait une délégation de pouvoir à l'une des parties; deuxièmement, selon une certaine jurisprudence, en retardant le prononcé de la peine pour encourager le contrevenant à prendre certaines mesures correctives, le tribunal risque de perdre sa juridiction : *R.* v. *Nunner* (1976), 30 C.C.C. (2d) 199 (C.A. Ont.).

214. Leonard Orland, «Reflections on Corporate Crime: Law in Search of Theory and Scholarship» (1979-80), 17 *Am. Crim. L.R.* 501.

215. *R.* v. *Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287 (C.A. Ont.).

216. *United States* v. *Atlantic Richfield Co.*, 465 F. 2d 58 (7th Cir. 1972).

217. Par exemple, *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, par. 33(5) et 51(1).

218. Par exemple, *Panarctic Oils*, *supra*, note 29; *R.* v. *Greater Vancouver Regional District, Greater Vancouver Sewage and Drainage District*, décision non publiée, 7 mai 1981 (C.P. de Richmond), le juge Govan; *R.* v. *The Corporation of the District of North Vancouver*, décision non publiée, 8 novembre 1982 (C.P. de Vancouver-Nord), le juge Hume; *R.* v. *Central Okanagan Regional District*, décision non publiée, 19 mai 1983 (C.P. de Kelowna), le juge Ellis.

219. *R.* v. *Algoma Steel Corp.*, décision non publiée,10 janvier 1977 (C.P. Ont., Div. crim.), le juge Greco, résumée dans (1977), 1 W.C.B. 118.

220. *Panarctic Oils*, *supra*, note 29.

221. *Loi sur les ressources en eau du Canada*, S.R.C. 1970, chap. 5 (1re supp.), art. 30; Alberta, *Clean Air Act*, R.S.A. 1980, chap. C-12, art. 35; *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, par. 33(7); *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, S.C. 1974-75-76, chap. 55, par. 14(2).

222. *R.* v. *Churchill Copper Corp. Ltd.* (1971), 5 C.C.C. (2d) 319, p. 324 (C.P. C.-B.); *R.* v. *Federated Co-Operative Ltd.* (1971), 1 FPR (Part III) 7A (C.P. C.-B.), p. 9; voir cependant *R.* v. *West Coast Reduction Ltd.* (1973), 1 FPR (Part II) 20A (C.P. C.-B.); *R.* v. *Columbia Cellulose* (1970), 2 FPR 1C (C.P. C.-B.), p. 12; *R.* v. *Irving Pulp and Paper Ltd. (No. 2)* (1977), 2 FPR 82 (C.P. N.-B.), p. 98.

223. *Canadian Marine Drilling Ltd.*, *supra*, note 51.

224. Par exemple, Ontario, *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1980, chap. 400, art. 72.

225. *R.* c. *St. James* (1981), 20 C.R. (3d) 389 (C.A. Qué.).

226. *United States* v. *J. D. Ehrlich*, 372 F. Supp. 768 (1974) U.S.D.C. [District].

227. *Apex Oil Co.* v. *United States*, 530 F. 2d 1291 (1976) U.S.C.A. [Cicruit].

228. Ontario, *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1980, chap. 400, al. 72(3)*a*).

229. *United States* v. *Clovis Retail Liquor Association*, 540 F. 2d, p. 1390.

230. *Supra*, note 25.

231. Le délai de péremption d'instance est plus long en vertu de certaines lois fédérales et provinciales. Par exemple, celui-ci est de deux ans en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14 et en vertu de la *Loi sur la protection de l'environnement de 1971* de l'Ontario (L.R.O. 1980, chap. 141) et de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* (L.R.O. 1980, chap. 361).

Au Québec, les accusations en matière d'environnement sont portées en vertu de la *Loi sur les poursuites sommaires* (L.R.Q., chap. P-15). En vertu de l'article 14 de cette Loi et de l'article 1 de la *Loi des actions pénales* (L.R.Q., chap. A-5), les poursuites se prescrivent par deux ans.

Quoiqu'il en soit, la portée de l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est suffisamment ambiguë pour que les poursuivants considèrent que ces délais prolongés ne s'appliquent qu'aux enquêtes exceptionnellement longues ou aux infractions dont la perpétration est connue longtemps après le fait.

232. Par exemple, *R.* v. *DeKleric*, [1969] 2 C.C.C. 367 (C.A. C.-B.).

233. *R.* v. *Dasher* (1974), 25 C.R.N.S. 340 (C.A. C.-B.).

234. *Starup* v. *United Dominion Trust (Commercial) Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 418 (Eng. Q.C.).

235. *R.* c. *Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, 2 C.R. (3d) 107.

236. *R.* v. *Chislieri*, [1980] Alta. D. 7055-01 (C.A. Alb.).

237. *Supra*, note 235.

238. *MacDonald* v. *Vapour Canada Ltd.* (1971), 66 D.L.R. (3d) 1 (C.S.C.).

239. Le paragraphe 388(2) du *Code criminel* prévoit une autre forme de dédommagement des victimes. Cette disposition ne s'applique qu'aux dommages causés volontairement aux biens et qui n'excèdent pas 50 $. À l'instar de l'alinéa 663(2)*e*), cette disposition prévoit que le montant ne doit être payé qu'à la personne lésée et qu'il faut prouver l'existence d'un lien de causalité. Les blessures causées aux personnes sont exclues. Vu ces conditions et compte tenu du grand nombre de chefs d'accusations distincts et de petites réclamations qu'il faudrait prouver pour que l'ordonnance ait un certain impact sur la personne morale, il est peu probable que cette disposition soit utile dans bon nombre de causes en matière d'environnement.

240. *Supra*, note 235.

241. *Supra*, note 236.

242. *Supra*, note 86. La Commission emploie le terme «restitution» dans son sens large, qui comprend également ce que nous appelons «dédommagement».

243. (1977), 36 C.R.N.S. 201.

244. *Id.*, p. 213.

245. «Changes Due for Divorce, Sentencing», *Globe and Mail*, 5 juillet 1983.

246. «Surtax on Offenders Proposed to Aid Victims of Crime», *Globe and Mail*, 17 août 1983.

247. Par exemple, Ontario, *Loi sur les pesticides*, L.R.O. 1980, chap. 376, art. 28 et le Règlement 751, R.R.O. 1980; *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*, S.R.C. 1970, chap. 2 (1er supp.); Ontario, *Loi sur la protection de l'environnement*, L.R.O. 1980, chap. 141, art. 34; Québec, *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., chap. Q-2, art. 55 et 95.2; Québec, Règlement sur les déchets solides, R.R.Q. 1981, chap. Q-2, art. 14).

248. *Cotton Felts*, *supra*, note 26.